



Roj: **STS 2497/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2497**

Id Cendoj: **28079130042019100245**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **09/07/2019**

Nº de Recurso: **677/2017**

Nº de Resolución: **1012/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ EXT 953/2016,**
ATS 12351/2017,
STS 2497/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.012/2019

Fecha de sentencia: 09/07/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 677/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/06/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Procedencia: T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 677/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1012/2019

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva



D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

D. Jose Luis Requero Ibañez

En Madrid, a 9 de julio de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA-677/2017, interpuesto por la procuradora doña Gloria Llorente de la Torre en nombre y representación de doña Virtudes bajo la dirección letrada de don Raúl Tardío López contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, con sede en Cáceres, que desestimó el recurso de apelación núm. 183/2016, interpuesto contra el Auto de 4 de julio de 2016, confirmatorio del Auto de 18 de mayo de 2016, relativo a la imposibilidad de ejecución de Sentencia, dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Mérida.

Se han personado como partes recurridas: Aurelia ; Belinda ; Berta ; Eva María ; Adelina ; Virgilio ; Amelia ; Ángela ; Jose Enrique ; Angelina ; Candida ; Carla ; Esperanza ; Carmen ; Esther ; Cecilia ; Celsa ; Pedro Jesús ; Consuelo ; Crescencia ; Adrian ; Luis Enrique ; Edurne ; Elisabeth ; Elsa ; Emma ; Enriqueta ; Juana ; Nieves ; Armando ; Ángel Jesús ; Evangelina ; Avelino ; Fidela ; Baltasar ; Flora ; 37. Herminia ; Justa ; Leonor ; Lourdes ; Luz ; Margarita ; Marisol ; Matilde ; Ruth ; Milagros ; Modesta ; Natalia ; Evelio ; Ofelia ; Palmira ; Petra , representadas por el Procurador don Manuel Díaz Alfonso.

Asimismo, también se han personado como partes recurridas: Valle , Andrea , Zaida , Marí Jose , Ariadna , Delia , María Dolores , María Consuelo , Elisa , Inés , Brigida , Martin , Enma , Adriana , Modesto , Almudena , Nazario , Clemencia , Ovidio , Patricio , Genoveva , Beatriz , Guillerma , Micaela , Isabel , Joaquina , Sofía , Ana María , Julieta , Eufrasia , Eva , Felicísima , Luisa , Maite , Daniela , Francisca , Maribel , Dulce , Victorino , Rosaura , Sagrario , Miriam , Serafina , Emilia , Nuria , Susana , Carlos José , Lina , Pura , Luis Carlos , Frida , Rita , Graciela , Inmaculada , María Milagros , Sandra , María Inmaculada , Soledad , Carlos Antonio , Tarsila , Paula , Teresa , Abel , Vicenta , Ramona , Agustín , Regina , Rosalia , María Antonieta , Anselmo , Aquilino , Belen , Eloisa , Carina , Tomasa , Virginia , Borja , Antonia , Delfina , Cesareo , Bárbara , Constantino , Irene , Esmeralda , Agustina , Alicia , Catalina , Celia , Felicidad , Loreto , Angelica , Antonieta , Custodia , Gema , Gracia , Sacramento , Salvadora , Patricia , Penélope , Verónica , representadas por la Procuradora doña Petra Aranda Télez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación número 183/2016, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, con sede en Cáceres, dictó sentencia el 19 de diciembre de 2016, cuyo fallo dice literalmente :

"Que desestimamos el Recurso interpuesto por D^a Virtudes representada por el Procurador Sr. MURILLO JIMENEZ, D^a Raimunda , D^a Yolanda , D^a Marí Luz , Da Mariana , D^a Dolores , Da Bernarda , D. Carlos María , D^a Josefina , Da Carmela , D^a Claudia , Da Covadonga , D^a Araceli , Da Guadalupe , Da Mercedes , D^a Candelaria , D. Adolfo , D^a Estela , D^a Estrella , D^a Lidia , Da Valentina , D^a Magdalena , D. Apolonio , Da Reyes , D. Arturo , D^a Martina y D^a Azucena representados por el Procurador Sr. DE FRANCISCO SIMON, frente al Auto de 4 de julio de 2016, confirmatorio del 18 de mayo del mismo año y relativo a imposibilidad de ejecución de Sentencia y dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de Mérida que confirmamos. Ello con imposición en costas a las partes Recurrentes."

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de doña Virtudes recurso de casación, que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, tuvo por preparado mediante Auto de 24 de enero de 2017 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 2 de noviembre de 2017, cuya parte dispositiva dice literalmente:

"Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de Dña. Virtudes contra la sentencia núm. 211/2016, de 19 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, dictado en el recurso de apelación nº 183/2016 .



Segundo. Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la atinente a si cabe constatar la imposibilidad material de ejecución de sentencia en un proceso selectivo por el transcurso del tiempo transcurrido, con independencia de la actitud de la Administración y de su diligencia en la pronta ejecución de dicha sentencia, y cuáles serían las consecuencias conforme a lo dispuesto en el artículo 105.2 LJCA .

Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 104.2 y 105.2 LJCA , en el marco de los artículos 24.1 ., 117.3 y 118 CE , así como cualesquiera otras concordantes que pudieran resultar de aplicación.

Cuarto. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto. Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto. Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto. "

CUARTO.- Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 20 de noviembre de 2017, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó la procuradora doña Gloria Llorente de la Torre, en representación de doña Virtudes por escrito de fecha 22 de diciembre de 2017, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: "[...] se dicte Sentencia por la que, casando y anulando la Sentencia recurrida ya referenciada, se estime plenamente nuestro recurso en los términos interesados."

QUINTO.- Por providencia de 28 de febrero de 2018. Se acuerda dar traslado del escrito de interposición a las partes recurridas a fin de que, en el plazo común de treinta días, puedan oponerse al recurso, lo que efectuó la Letrada de la Junta de Extremadura en escrito de fecha 23 de abril de 2018, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, termina suplicando que se tenga por formulada la oposición al recurso de casación.

SEXTO.- El Procurador don Manuel Díaz Alfonso en representación de doña Aurelia y otros, por escrito de fecha 19 de abril de 2018 se opone al recurso de casación y tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, termina suplicando se desestime el recurso con expresa imposición de costas a la recurrente.

SÉPTIMO.- La Procuradora doña Petra María Aranda Téllez en representación de Valle y otros, por escrito de fecha 19 de abril de 2018 se opone al recurso de casación y tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, termina suplicando se desestime el recurso, confirmando el pronunciamiento judicial recurrido con imposición de costas a la recurrente.

OCTAVO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , por providencia de 30 de abril de 2019 se señala este recurso para votación y fallo el día 25 de junio de 2019, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Planteamiento del recurso y sentencia de instancia .*

La representación procesal de Dña. Virtudes interpone recurso de casación contra sentencia núm. 211/2016, de 19 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura que desestimó el recurso de apelación 183/2016 contra el auto de 4 de julio de 2016 del juzgado de lo contencioso administrativo número dos de Mérida que a su vez confirmaba el precedente auto de 18 de mayo anterior.

Afirma en el FJ Tercero que cabe hablar de imposibilidad material de ejecución de la sentencia en atención al tiempo transcurrido desde la toma de posesión de quienes superaron la oposición, a la poca posibilidad de incorporación de dichas personas al mercado de empleo y a sus situaciones personales, a lo que cabría añadir eventuales perjuicios públicos.

Adiciona que " *no cabe hablar de "reformatio in peius". Con la imposibilidad de ejecución y la decisión de que la parte pueda volverse a presentar al segundo ejercicio, se obtiene el mismo Derecho que el que se pretendía y en realidad que el acordado en Sentencia. No olvidemos que nuestra Sala lo que acordó fue retrotraer para la celebración de un segundo ejercicio, ello no presuponía que la recurrente lo aprobara y obtuviese plaza necesariamente. Se le facultaba para poder examinarse de nuevo y eso se concede en la Sentencia como actuación sustitutiva de la ejecutoria>>.*



El auto de 4 de julio de 2016 había desestimado el recurso de reposición formulado contra auto núm. 43/2016, de 18 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo núm. 2 de Mérida , que declaró la imposibilidad material de ejecutar en sus propios términos la sentencia dictada el 18 de noviembre de 2014 recaída en el recurso de apelación 32/2014 . Acordó respecto de la Sra. Virtudes , que por haber solicitado tomar parte del proceso de selección convocado por Orden de 27 de diciembre de 2013 para el acceso a puestos vacantes del Grupo V del personal laboral de la Administración de la Comunidad Extremeña, para la especialidad de camarero-limpiador, se le tenga por realizado el primero de los ejercicios que conforman dicho proceso selectivo, otorgándosele una puntuación de 5.167 puntos, pudiendo ejercitar su derecho de presentarse al ejercicio práctico de dicha convocatoria de 2013.

Rechazó el auto la pretensión de que se le tuviere aprobada automáticamente el segundo ejercicio por no coincidir con lo reflejado en el fallo.

SEGUNDO.- Antecedentes relevantes.

Por resolución de 25 de marzo de 2013 la Dirección General de la Función Pública, Recursos Humanos e Inspección de la Consejería de Administración Pública de la Junta de Extremadura desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la segunda fase del ejercicio de oposición de las pruebas selectivas para el acceso a puestos vacantes del Grupo V del Personal Laboral, categoría Camarero-Limpiador, de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura convocadas por Orden de 3 de octubre de 2010.

Contra la anterior resolución fue Interpuesto recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Mérida, que resolvió anular la resolución con retroacción de actuaciones en el procedimiento selectivo al momento inmediatamente anterior a la celebración del segundo ejercicio de la fase de oposición a fin de que volviendo a reunirse el Tribunal calificador, previo establecimiento y publicidad de los criterios de calificación del mismo, se procediera a realizar el segundo ejercicio respetando la base sexta apartado 2.b) de la convocatoria.

La Junta de Extremadura interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado, que fue desestimado parcialmente. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura dictó sentencia núm. 223/2014, de 18 de noviembre , acordando desestimar el recurso en la parte concerniente a la retroacción de actuaciones, toda vez que no se había realizado crítica a la sentencia del Juzgado. Sin embargo, a continuación, se adentró en la cuestión de fondo, relativa a las características del segundo ejercicio, para concluir que *<<el tipo de examen realizado es correcto y respeta los términos de las bases>>* . De modo que *<<se confirma la Sentencia en cuanto a la retroacción de actuaciones y se modifica en cuanto al tipo de ejercicio>>*.

La Letrada de la Junta de Extremadura presentó escrito el 27 de noviembre de 2015 promoviendo incidente de imposibilidad material de ejecutar la sentencia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 105.2 de la LJCA . Argumentaba sobre la base del tiempo transcurrido desde que los aprobados en la convocatoria de 2010 tomaron posesión como personal laboral fijo (el 1 de junio de 2013), dado que la ejecución de la sentencia en sus propios términos implicaría que todos ellos habrían de repetir el segundo ejercicio de la oposición. Ello comportaría, a juicio de la Junta de Extremadura, unas consecuencias jurídicas desproporcionadas y contrarias a la equidad y los principios de buena fe y confianza legítima. Proponía así, como alternativa a la ejecución en sus propios términos, *<<que dado que la Sra. Virtudes se ha presentado al proceso selectivo convocado también para la categoría de limpiador-camarero por orden de 27 de diciembre de 2013, en el cual la última actuación ha sido la publicación de la lista de admitidos, entre los que se encuentra la Sra. Virtudes , se le "guarde" a la misma la nota obtenida en el primero de los exámenes del concurso convocado en 2010 y realice el segundo de los exámenes del proceso convocado en la actualidad>>*. Como petición subsidiaria solicita la Letrada de la Junta de Extremadura la indemnización sustitutoria.

Por auto núm. 43/2016, de 18 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Mérida , se declaró la imposibilidad material de ejecutar la sentencia en sus propios términos, *<<acordando respecto de la Sra. Virtudes , que habiendo solicitado tomar parte del proceso de selección convocado por Orden de 27 de diciembre de 2013 para el acceso a puestos vacantes del Grupo V del personal laboral de la Administración de la Comunidad Extremeña, para la especialidad de camarero-limpiador, a la misma se le tenga por realizado el primero de los ejercicios que conforman dicho proceso selectivo, otorgándosele una puntuación de 5.167 puntos, pudiendo ejercitar la misma su derecho de presentarse al ejercicio práctico de dicha convocatoria de 2013, todo ello, sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas generadas en este incidente>>*.

TERCERO.- Cuestión sometida a interés casacional.

La cuestión en la que entiende el ATS 2 de noviembre de 2017 que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es *si cabe constatar la imposibilidad material de ejecución de sentencia en un proceso selectivo por el transcurso del tiempo transcurrido, con independencia de la actitud de la Administración*



y de su diligencia en la pronta ejecución de dicha sentencia, y cuáles serían las consecuencias conforme a lo dispuesto en el artículo 105.2 LJCA .

Se identificaron como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 104.2 y 105.2 LJCA , en el marco de los artículos 24.1 ., 117.3 y 118 CE , así como cualesquiera otras concordantes que pudieran resultar de aplicación.

CUARTO.- Recurso de casación de doña Virtudes .

1. En primer lugar esgrime la vulneración de los arts. 24.1 , 117.3 y 118 CE , 104.2 y 105.2 LJCA y la doctrina constitucional y del Tribunal Supremo.

Considera que la Junta de Extremadura excedió el plazo legal de dos meses para instar del órgano jurisdiccional la declaración de imposibilidad material de ejecución.

Tras exponer las vicisitudes de los recursos esgrime que el resultado definitivo de la litis fue que la Junta tendría que repetir la segunda fase del ejercicio de la oposición de las pruebas (por no haber informado previamente a los aspirantes sobre el criterio de corrección) pero que podía presentar el ejercicio en cuestión en el mismo formato.

Defiende que, de forma ilógica, la Junta promovió un incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia 223 de la Sala C-A de Extremadura, que fue inadmitido de plano mediante Providencia de 3 de febrero de 2015. Incidente al que siguió un recurso de amparo que corrió idéntica suerte: inadmisión de plano.

Llegamos al 27 de noviembre de 2015, ha transcurrido más de un año desde que la Sala C-A de Extremadura dictara la Sentencia nº 223, y la Junta promueve el incidente de imposibilidad material de ejecución de la misma, alegando a tal fin el tiempo transcurrido desde la toma de posesión por parte de los aspirantes que superaron el proceso selectivo, la poca posibilidad de incorporación al mercado de empleo, situaciones personales a lo que debe añadirse perjuicios públicos. Argumentos acogidos tanto por la Juzgadora a quo como por la Sala C-A de Extremadura.

Adiciona que sin esperar a que el Juzgado de Mérida declarara (por Auto nº 43/2016, de 18 de mayo de 2016), la imposibilidad material de ejecutar la Sentencia, la Dirección General de Función Pública de la Junta, por Resolución de 10 de mayo de 2016 (DOE del 13.05.2016), convocó a los aspirantes del proceso selectivo de 2013 para la realización, el 27 de noviembre de 2016, del primer ejercicio de su fase de oposición.

Si ya en junio de 2013 estaban firmando sus contratos los aspirantes que superaron el proceso selectivo, ¿cómo es que la Junta no esgrimió ese hecho hasta el 27 de noviembre de 2015?. Esta parte lo tiene claro: la Junta quería que transcurriera el tiempo para, llegado el caso, utilizarlo como hecho impeditivo.

Finalmente una cosa es que el plazo 104.2 LJCA no sea de caducidad y deba ser interpretado de forma flexible y otra muy distinta es que las Administraciones Públicas puedan servirse de esa flexibilidad para promover incidentes de imposibilidad de ejecución de Sentencias presentando justo en ese momento (al promover el incidente) y no antes hechos que considera impeditivos a pesar de haber acontecido años atrás. Permítasenos traer de nuevo a colación el Auto nº 53/2014, de 24 de febrero, del TC (FJ 3º): << Es más, debe tenerse en cuenta que el proceso de ejecución no es un procedimiento de aplicación mecánica del fallo; es un proceso en sentido estricto que sirve para adaptar ese fallo a las circunstancias que la Sentencia no pudo tomar en consideración (por acaecer después de que se dictase el acto administrativo enjuiciado o de la propia Sentencia)>> .

2. Esgrime también la infracción del artículo 105.2 LJCA , en lo concerniente al derecho a la plena indemnidad, el artículo 23.2 CE así como la jurisprudencia de esta Sala sobre la teoría de la pérdida de oportunidad y la *reformatio in peius*.

Si la Sala confirmara la imposibilidad de ejecución de la Sentencia nº 223, de 18 de noviembre de 2014, de la Sala C-A de Extremadura , insiste en que aceptar que con la decisión de que pueda volverse a presentar al segundo ejercicio de un proceso selectivo distinto (el convocado en 2013), guardándole la nota obtenida en la convocatoria de 2010, aquélla obtiene << el mismo derecho que el que pretendía y en realidad que el acordado en Sentencia>>.

Con esa alternativa a la ejecución en sus propios términos subraya que no sólo se vulnera el derecho a la plena indemnidad que garantiza el art. 105.2 LJCA , reconocido por la Jurisprudencia de la Sala 3ª del TS (SSTS de 11 de mayo de 2007, Rec. 5460/2002 ; de 25 de octubre de 2007, Rec. 2055/2005 ; y de 23 de junio de 2009, Rec. 5330/2007), sino que se empeora claramente la posición de la que partía, con lo que se infringe el principio de prohibición de " *reformatio in peius* " .

Considera inviable la alternativa referendada por la Sala C-A de Extremadura Sentencia que ya fueron referidas en el escrito de preparación, a saber:



1. El fallo de la Sentencia nº 223/2014 de la Sala C-A de Extremadura mantenía "vivo" el proceso selectivo de 2010 ya que ordenaba la repetición del segundo examen de su fase de oposición.
2. Cerrar el proceso selectivo de 2010 reduce, las probabilidades de que la Sra. Virtudes acceda a una plaza fija en la Junta. No es lo mismo poder concurrir a dos procesos selectivos que a uno solo. La pérdida de oportunidad es clamorosa (*mutatis mutandis*, SSTS, Sala 3ª, de 3 de diciembre de 2012, Rec. 815/2012, y de 22 de mayo de 2012, Rec. 2755/2010).
3. Los 5.167 puntos del primer examen de la fase de oposición de la convocatoria de 2010 no serían ninguna compensación para la Sra. Virtudes porque los obtuvo en buena lid, por méritos propios, y no por una concesión graciable del órgano de selección ni de la Junta.
4. "Guardarle" (sic), como se ordena, a la Sra. Virtudes esos 5.167 para la convocatoria de dos mil trece le impide mejorar ese resultado y, por tanto, poder tener más probabilidades de acceder a una plaza fija. A mayor abundamiento, esa decisión de "guardar" la nota obtenida en un proceso selectivo para otro posterior, por un lado, no se acomoda al derecho a la igualdad que rige el acceso a la función pública (ex. art. 23.2 CE) y, por otro, vulnera de forma palmaria el artículo 67 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pues entraña una auténtica convalidación de una actuación (resultado de un examen) viciada de nulidad de pleno derecho.
5. En la convocatoria de 2010 se ofertaban, en turno libre, 208 plazas por las 59 ofertadas en la convocatoria de 2013, es decir, las probabilidades de obtener plaza se reducen, prácticamente, a una cuarta parte.

La Sala 3ª del TS exige en STS de 21 de junio de 2016, casación 1905/2014, en el pronunciamiento que se acaba de reproducir en parte, que se siga el curso del proceso selectivo previsto en las bases de la convocatoria, aplicando el mismo régimen que al resto de los aspirantes. Sin embargo, la solución impuesta por la Sala C-A de Extremadura se aparta de ese criterio al emplazar a nuestra patrocinada a un proceso selectivo ulterior obviando las características del mismo, sobre todo en lo que se refiere al número de plazas ofertadas y al temario exigido.

Y por lo que respecta a la incorporación al empleo público de la persona candidata en un momento asimismo ulterior al que le hubiera correspondido de haber participado en el proceso selectivo inicial, reafirma en que, al menos en este caso, en modo alguno se compadece con el principio de igualdad del artículo 23.2 CE (puesto en relación con los principios de mérito y capacidad del artículo 103.3 CE).

Por lo que respecta a la pérdida de oportunidad (doctrina de creación jurisprudencia, a la que se recurre especialmente en negligencias sanitarias), cita las STS de 3 de diciembre de 2012 (Rec. 815/2012) y de 22 de mayo de 2012 (Rec. 2755/2010). Al igual que en el de la STS nº 1405/2016, de 14 de junio (Rec. 1719/2015), la recurrente ve frustrada su legítima expectativa de acceder a una plaza en propiedad al desvanecerse la posibilidad de enfrentarse de nuevo, y en legal forma, al segundo examen de la fase de oposición de la convocatoria de 2010 -tras haber superado el primero-.

A la *reformatio in peius* se ha referido recientemente la Sala 3ª del TS, Sección 6ª, en Sentencia de 11 de marzo de 2016 (Rec. 2442/2014), en cuyo FD 1º.

También el TC, Sala 2ª, se ha pronunciado al respecto de la reforma peyorativa y su dimensión constitucional en fechas cercanas en su Sentencia nº 223/2015, de 2 de Noviembre (FJ 2).

3. Alternativas a la ejecutoria que plantea. De ser rechazado lo pretendido, solicita que se condene a la Junta al pago de una indemnización por los daños morales y procesales ocasionados, fijando como quantum indemnizatorio la cantidad de 60.000 euros.

Por su identidad con el presente caso, hace especial referencia a la STS nº 1405/2016, de 14 de junio, dictada por la Sección 7ª (Rec. 1719/2015), en cuyo FD 4º se reconoce, sin ambages, de forma tajante, el derecho al pago de una indemnización por gastos procesales y daños morales a favor de una aspirante que, al igual que aquí, vio frustrado su derecho a la ejecución de una sentencia que obligaba a repetir otro examen de oposición, con el siguiente argumento: <<(…) no cabe duda de que deberán indemnizarse los consiguientes gastos de la actividad procesal de la actora, Y de otra parte los daños morales que supone la no ejecución de su pretensión satisfecha >>.

QUINTO.- Oposición de la Junta de Extremadura.

1. Alega inexistencia de las infracciones denunciadas en relación con el plazo de los artículos 104.2 y 105.2 de la Ley 29/1998 LJCA.

Recuerda que el 105.2 de la LRJCA dispone que, para el supuesto de concurrencia de causa material (en el presente caso) de imposibilidad de ejecutar la sentencia "el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará



a la autoridad judicial ... dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior ...". El plazo del art. 104.2 , es de "dos meses a partir de la comunicación de la sentencia" , habiéndose producido esta el 25 de Febrero de 2015 (fecha de entrada en la Secretaria General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Extremadura), por lo que inicia del cómputo es el día 26 de Abril de 2015 y como día final, el de presentación del incidente de inejecución de la sentencia, día 9 de noviembre de 2015 tal como obra en las presentes actuaciones, habiendo transcurrido por tanto 6 meses de una fecha a otra , tiempo que no consideramos excesivo y mas si se tiene en cuenta la doctrina de este Tribunal (citamos por todas la STS de 17 de septiembre de 2013) en relación con la naturaleza de este plazo del art. 104.2 en el sentido de que no se trata de un plazo de caducidad, ni que del incumplimiento, propiamente dicho, del plazo de dos meses a que se remite ese artículo 105.2, impida apreciar la causa de imposibilidad cuando ésta realmente concurre.

2. Adiciona inexistencia de las infracciones denunciadas en relación con incidente de inejecución de sentencias previsto en el artículo 105.2 de la Ley 29/1998 LJCA .

La recurrente finaliza su argumento introduciendo un apartado c), ajeno absolutamente a las vulneraciones denunciadas, ya que lo que viene a defender es una propuesta alternativa de ejecución, que formuló con el escrito de demanda.

Lo anterior es relevante, porque a partir de ahí el recurso de casación, se dirige única y exclusivamente a lo que es la verdadera finalidad del mismo, abrir una nueva instancia a fin de que o bien se estime la propuesta alternativa que de forma subsidiaria incluyó en su escrito de demanda que dio origen al procedimiento abreviado 291/ 2013, o que se le abone una indemnización.

3. Rebate la ejecución alternativa

4. Reputa nueva la petición de indemnización.

SEXTO.- Oposición de doña Valle y otros 99 que se han personado.

1. De entrada pone de relieve la Sentencia nº 194/2013, de 18 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Mérida , ordena la retroacción en el procedimiento al momento anterior a la celebración de la segunda fase del proceso selectivo con base en una falta de publicidad de los criterios de corrección empleados por el Tribunal Calificador para la atribución de puntuaciones a los aspirantes, es decir, se ordena la retroacción con fundamento en un defecto estrictamente formal.

Posteriormente la Sentencia nº 223/2014, de 18 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura , confirmará la nulidad del procedimiento y su retroacción, acordada en la instancia, si bien, declarará que el ejercicio de la fase segunda del proceso selectivo es correcto y conforme con las bases establecidas en la convocatoria del proceso. En este sentido, dispondrá:

"Así las cosas, se considera que el tipo de examen realizado es correcto y respeta los términos de las bases"

2. Defiende la inexistencia de las infracciones denunciadas de los artículos 104.2 y 105.2 de la LJCA y la jurisprudencia del Tribunal Supremo al estar justificada en el supuesto particular la fecha en la que se plantea el incidente de imposible ejecución de sentencia.

A su juicio el plazo que presenta mayor relevancia para la causa no es el que discurre hasta que se plantea el incidente de inejecución sino el que discurre desde la conclusión del proceso selectivo y consecuentes contrataciones (1 de junio de 2013) -fecha en la que todavía no existía ningún pronunciamiento judicial en la causa- hasta que se dicta por el TSJ de Extremadura la Sentencia que acuerda la retroacción del procedimiento (18 de febrero de 2014).

3. Concurrencia en el supuesto particular de motivos suficientes para apreciar la imposibilidad de ejecutar la sentencia en los estrictos términos recogidos por el fallo.

Insiste en la necesaria aplicación de los principios de equidad, buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima para la salvaguarda de los derechos de los terceros de buena fe que se verían afectados por una ejecución estricta del pronunciamiento judicial.

Sostiene que 217 personas, ajenas completamente, tanto al vicio formal que invalida el procedimiento, como al comportamiento procesal que haya podido tener la Junta y que, cuando se dicta la Sentencia del TSJ de Extremadura cuya ejecución ahora se discute llevan más de un año en su puesto de trabajo y han asumido situaciones personales y compromisos, confiando en la estabilidad que atribuye un puesto en una Administración y cuyo restablecimiento a su situación inicial deviene imposible.

4. La medida propuesta por la Junta de Extremadura es admitida por el artículo 105.2 LJCA y resulta adecuada para el restablecimiento de la situación reconocida a la recurrente por la Sentencia.



Concluye que no hay que perder de vista que la Sentencia del TSJ Extremadura no reconoce a la Sr^a. Virtudes un derecho a que se le apruebe el ejercicio ni a que se le aplique otro criterio de corrección distinto por ser inidóneo el inicialmente seguido, sino que únicamente le reconoce una expectativa de derecho dimanante de la existencia de un vicio de naturaleza meramente formal, expectativa que se reproduce con la medida de ejecución propuesta por la Junta de Extremadura.

SÉPTIMO.- *Oposición de doña Aurelia y otros 51 que se han personado.*

Entienden que sería contrario a la equidad y a los principios de buena fe y confianza legítima, proyectar los efectos de la sentencia a todos los aspirantes que fueron contratados por aquel proceso selectivo entre los que se encuentran todos mis representados/as, con la consiguiente posibilidad de pérdida de la condición de personal laboral fijo de la administración autonómica.

OCTAVO .- *Inexistencia de "reformatio in peius".*

Nos desenvolvemos en el ámbito del nuevo recurso de casación en que la cuestión sometida a interés casacional queda delimitada en el auto de admisión.

Sin embargo, la parte recurrente ha articulado el recurso adicionando motivos que no fueron contemplados en el auto de admisión, como es la pretendida "*reformatio in peius*" con base en jurisprudencia de la Sala Tercera, en el ámbito de la expropiación forzosa, STS 11 de marzo de 2016, casación 571/2016, que no desarrolla ni muestra su engarce con el caso enjuiciado.

Debemos confirmar lo vertido por la Sala de Extremadura acerca de que el auto dictado por ella en ejecución no implica "*reformatio in peius*" pues no coloca a la recurrente en situación más perjudicial respecto a la que partió en la sentencia cuya inexecución en su literalidad se declara procediendo a su sustitución.

NOVENO.- *La inexecución de sentencias por razón del tiempo transcurrido y consecuencias a extraer.*

Bajo el anterior marco casacional esta Sala dictó la Sentencia de 14 de junio de 2016, casación 1719/2015 en que se hallaba concernida una indemnización sustitutoria por la inexecución de una sentencia por la Junta de Extremadura.

No está de más recordar lo allí vertido en sus FJ Octavo y Noveno.

"Ha de insistirse en que la ejecución de la sentencia forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24. CE, por lo que la inexecución por su imposibilidad jurídica o material, art. 105 LJCA, hace necesario una motivación especial exigente.

No define la LJCA, art. 105.2, en qué consiste la imposibilidad material de ejecución de una sentencia. Ha sido la jurisprudencia la que ha ido delimitando aquella con una concepción restrictiva de los supuestos de imposibilidad (SSTS 17 de noviembre de 2008, recurso casación 4285/2005, 14 de febrero de 2013, recurso casación 4311/2011). Estamos por tanto, frente a supuestos individualizados casuísticamente en atención a las circunstancias concurrentes en cada supuesto en que deben ponderarse los distintos intereses concernidos.

Como expresa la Sentencia de 23 de febrero de 2010, recurso casación 4758/2007, la posibilidad de inexecución está amparada por lo dispuesto en el actual artículo 105.2 de la vigente LJCA, que recoge lo que ya establecían los artículos 105 a 107 de la anterior, razón por la que, como indicamos en nuestras SSTS de 4 de mayo y 15 de junio de 2004 (recursos de casación 2415/2000 y 3783/2002), "*al interpretar lo dispuesto en el citado artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción, es conforme a derecho sustituir la ejecución de la sentencia en sus propios términos por una indemnización de daños y perjuicios derivados de la inexecución*". Dada tal doctrina resulta obvio que la sustitución dineraria no lesiona el art. 24. CE.

NOVENO.- Para poder decidir sobre una inexecución se hace preciso tomar en consideración intereses y derechos de organizaciones públicas o personas ajenas al favorecido con la sentencia cuya ejecución se pretende que puedan tener una gran proyección o entidad u ostentar un carácter irreversible.

Si atendemos a lo hasta ahora expuesto se constata que la Sala de instancia explicita los perjuicios que al interés general, -servicio de salud de Extremadura que tendría que cesar a los 253 enfermeros que superaron el concurso-oposición en 2009 y prestan sus servicios en aquel incidiendo así en el desarrollo de la prestación del servicio sanitario, más a terceros de buena fe, -los que superaron el concurso-oposición y han venido desempeñando sus funciones desde entonces-, supondría la repetición del segundo ejercicio para que la recurrente pudiera participar en el mismo.

Pondera la Sala de instancia la desproporción entre los perjuicios a terceros de buena fe y al interés general frente al importante y fundamental derecho a la ejecución de las sentencias de un litigante. No se trata tanto de



una cuestión de número como de que lo reconocido en la sentencia a D^a Ofelia no fue un derecho a acceder a la función pública sino la mera expectativa de acceder a una plaza de Enfermero de Atención Continuada caso de superar el segundo ejercicio del proceso selectivo que motivó el litigio.

Cabe añadir que la privación de la plaza a más de doscientas personas, por razones ajenas a su voluntad y tras un largo período de tiempo en el que muchas de ellas, tal cual explicitan al oponerse al recurso distintos grupos de recurridos, han construido un horizonte personal y profesional, implicaría la producción de perjuicios personales y familiares de entidad con un alcance en bastantes casos irreversible. Y, a mayor abundamiento, su cese incidiría en el derecho a la salud de los ciudadanos beneficiarios de la asistencia sanitaria que debe prestar la Junta de Extremadura.

Es notorio que la fijación de una indemnización por la imposibilidad material de ejecutar una sentencia suele darse en el ámbito de procesos de expropiación forzosa ante la imposibilidad de restitución de una finca objeto de un procedimiento expropiatorio declarado nulo por diversas razones, como la anulación del instrumento urbanístico en que se apoyaba (SSTS 25 de octubre de 1996, recurso casación 13511/1991 , 26 de mayo de 2014, recurso casación 4069/2011 .

También cabe en un supuesto como el de autos en el que se acepta la ponderación de intereses y derechos efectuada por la Sala de instancia para apreciar la imposibilidad de ejecución."

La Sentencia acabada de mencionar no había sido pronunciada en el momento de dictarse el auto inicial de inejecución del juzgado y era de fecha reciente al dictarse la sentencia de la Sala confirmando.

En el momento presente debe ser de notorio conocimiento para las partes guardando cierta similitud con la situación aquí controvertida en que también la repetición del segundo ejercicio afectaría a más de dos centenares de terceros de buena fe que superaron aquella prueba y fueron nombrados personal de la Junta de Extremadura. Ello conlleva que la administración ha de ser especialmente celosa en el cumplimiento de las sentencias en plazo o caso de suscitarse la inejecución plantearla lo más rápidamente posible.

La sustitución por la inejecución ofertada por la administración y aceptada por la Sala de instancia, "guardar la nota" del primer ejercicio y tener por superado dicho ejercicio en la convocatoria que se estaba realizando de nuevo y a la que había concurrido la recurrente, resultaba plausible en las circunstancias aquí concurrentes.

DÉCIMO. - *La posición de la Sala.*

A la vista de lo acabado de exponer, la respuesta a la pregunta de la Sala de admisión debe darse en el sentido de que, constatada la imposibilidad de ejecución de una sentencia en un proceso selectivo por el transcurso del tiempo, sí cabe aceptar una sustitución como la aquí ofertada y declarada.

La pretensión se ejerció más allá del plazo del art. 104.2 LJCA , mas no es plazo de caducidad. Mientras tanto, la Administración interpuso una serie de recursos que, aunque fueron inadmitidos y no consta que fueran reputados temerarios. Por ello la solicitud de inejecución, una vez cerrada toda posibilidad de modificación del pronunciamiento judicial, es viable.

Lo anterior sería una de las consecuencias.

Pero, además, la recurrente en instancia interesó una indemnización por daño moral que no es cuestión nueva suscitada en sede casacional ya que también fue pretendida en la instancia sin respuesta expresa del Tribunal al haber aceptado la inejecución por sustitución.

Como dijimos en la STS de 14 de junio de 2016 la recurrente carecía de derecho alguno consolidado. Aquí de personal laboral fijo en la categoría de camarero-limpiador de la Junta de Extremadura salvo el hecho de haber aprobado el primer ejercicio y la expectativa de aprobar el segundo que había sido anulado al acordarse la retroacción al momento inmediatamente anterior a la celebración del segundo ejercicio. No hubo un reconocimiento de una situación jurídica individualizada sino una mera declaración de nulidad que conllevaba la retroacción del procedimiento.

Se desestima, pues, el recurso de casación en lo sustancial, por lo que se reitera que cabe una inejecución de sentencia en los términos suscitados.

Mas, como en la instancia, también se suscitó la cuestión indemnizatoria que se plantea en casación como subsidiaria de la pretensión principal, debemos también analizarla al integrarse en las posibles consecuencias de la inejecución la fijación de una indemnización sustitutoria o reparatoria de perjuicios reales y morales.

En la precitada STS de 14 de junio de 2016 se reconocieron unos daños morales por la inejecución de la sentencia en sus términos por lo que la otra consecuencia que puede extraerse de la pregunta formulada por



la Sección de admisión es que caben indemnizaciones sustitutorias tras una valoración circunstanciada del caso como allí se hizo.

En el caso de autos la inejecución de sentencia se transformó en ejecución sustitutoria por lo que no acontece un perjuicio material. Mas tiene razón la recurrente al alegar los perjuicios morales derivados de la demora en optar la administración por la inejecución en sus estrictos términos.

Ello conlleva que proceda una indemnización por daño moral que se fija en 20.000 euros en razón de que, en el caso de autos, a diferencia del precitado de 14 de junio de 2016, hubo la posibilidad de comparecer en la nueva convocatoria con el primer ejercicio aprobado, por lo que el daño es menor al considerado en la Sentencia tantas veces citada.

ÚNDECIMO. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA , en relación con el artículo 93 LJCA , en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

(1º) Se desestima en lo sustancial el recurso de casación núm. 677/2017 contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura el 19 de diciembre de 2016 , cuyo fallo se mantiene al ajustarse en lo esencial a la doctrina de esta Sala que aparece reflejada en el penúltimo fundamento de derecho, si bien se estima parcialmente la petición subsidiaria de indemnización que se fija en 20.000 euros.

(2º) Se fija como doctrina lo reflejado en el penúltimo Fundamento de Derecho.

(3º) En cuanto a las costas estése a los términos señalados en el último de los Fundamentos de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.