



T.S.J. EXTREMADURA SALA CON/AD
001 - CACERES

-c.h

N40010

927.620.215

N.I.:G: 10037 33 3 2010 0100841

Procedimiento: EJECUCION DEFINITIVA 0000066 /2013 PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000638 /2010

Sobre FUNCION PUBLICA

De D/ña.

Letrado:

Procurador:

Contra D/ña. SERVICIO EXTREMEÑO DE SALUD SERVICIO EXTREMEÑO DE SALUD

Letrado: LETRADO COMUNIDAD(SERVICIO PROVINCIAL)

Procurador:

AUTO

ILMO.SR PRESIDENTE:

D. DANIEL RUIZ BALLESTEROS

ILMOS.SRES.MAGISTRADOS:

DOÑA ELENA MENDEZ CANSECO

D. MERCENARIO VILLALBA LAVA

D. RAIMUNDO PRADO BERNABEU

D. CASIANO ROJAS POZO

En CACERES, a veinte de Octubre de dos mil catorce

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.-Por el Letrado de la Junta de Extremadura se presentó escrito ante esta Sala solicitando incidente de imposibilidad material de ejecutar la sentencia de fecha 25 de junio de 2013 dictada por el Tribunal Supremo.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se solicita por la Administración demandada, que en el presente incidente, se declare inejecutable la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo con fecha 25 de junio de 2013, que en su parte dispositiva dispone:

En su lugar, debemos estimar, y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de doña . . . , contra las Resoluciones de 29 de octubre de 2008 del Tribunal calificador del proceso selectivo para el acceso a la condición de personal estatutario fijo, en plazas de Diplomados Sanitarios, en la categoría de Enfermero de Atención Continuada, convocado por Resolución de 5 de junio de 2007 de la Dirección Gerencia del Servicio Extremeño de Salud, por la que se publica la relación de aspirantes aprobados en la fase de oposición , y de 13 de agosto de 2009 de la Dirección Gerencia del Servicio Extremeño de Salud, por la que se hace pública la relación definitiva de aprobados del referido proceso, que anulamos, ordenando la retroacción de las actuaciones en el procedimiento selectivo al momento inmediatamente anterior a la celebración del segundo ejercicio de la fase de oposición , a fin de que volviéndose a reunir el Tribunal calificador, previo establecimiento y publicidad de los criterios de calificación del mismo, se proceda a su repetición convocando a todos los aspirantes que aprobaron el primero, a su posterior calificación y continuación del

33342
CIGA.



proceso selectivo por todos los trámites establecidos en la convocatoria hasta su conclusión"

La razón de la Sentencia la expresa en su fundamento jurídico n° cuarto al expresar que "Constituye jurisprudencia reiterada de esta Sala [por todas, sentencia de 27 de junio de 2008 (R.C. núm. 1405/2004 ; F.D. 3°); la de 15 de diciembre de 2011 ya citada (R.C. núm. 4928/2010 ; F.D. 8°); 21 de diciembre de 2011 (R.C. núm. 4572/2009 ; F.D. 4°); 18 de enero de 2012 (R.C. núm. 1073/2009 ; F.D. 4°) la relativa a que el principio de publicidad --que ha de presidir la selección del personal estatutario de los servicios de salud, de conformidad con el artículo 29.1.a) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud y 55.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, a las que expresamente se remite la convocatoria--, «exige que los criterios de actuación del Tribunal calificador sean precedentes a la realización de la prueba y notificados a los aspirantes pues sólo así se garantiza además el principio de seguridad jurídica» . En el caso actual, consta acreditado que el establecimiento de la controvertida nota de corte se aprobó por el Tribunal calificador en su reunión del día 28 de octubre de 2008, esto es con posterioridad a la celebración del segundo ejercicio de la fase de oposición , y que no se le dio ninguna publicidad, lo que permite afirmar que la fijación de dichos criterios en las condiciones indicadas no respeta la exigencia de sumisión del Tribunal a las bases, ni tiene cobertura posible en un juicio de discrecionalidad técnica, sin que podamos compartir la afirmación contenida en el F.D. 3° de la sentencia impugnada sobre «el hecho de que los opositores supiesen la nota de corte ni les beneficia ni les perjudica, pues siempre deberán superar un determinado número de preguntas correctas» al chocar directamente con nuestra doctrina jurisprudencial sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica a la que antes hemos hecho mención.

Así las cosas, el cumplimiento literal de la Sentencia pasa por anular el procedimiento selectivo y ordenar la retroacción de las actuaciones en el mismo al momento inmediatamente anterior a la celebración del segundo ejercicio de la fase de oposición , a fin de que volviéndose a reunir el Tribunal calificador, previo establecimiento y publicidad de los criterios de calificación del mismo, se proceda a su repetición convocando a todos los aspirantes que aprobaron el primero, a su posterior calificación y continuación del proceso selectivo por todos los trámites establecidos en la convocatoria hasta su conclusión. De ello se desprende que la actora en contra de lo que parece alegar no está en condiciones de considerarse aprobada en ese segundo ejercicio sino que la nulidad abarca a todo lo actuado desde el momento de iniciarse la práctica de ese segundo ejercicio. No vale considerar que tiene una puntuación determinada y aceptable por cuanto lo que enjuició el TS no fue que el criterio de fijación de la nota de corte por el Tribunal fuere incorrecto o no, sino únicamente que tal criterio debió fijarse con anterioridad al ejercicio.

Siendo así las cosas, las alegaciones que realiza la recurrente en cuanto a considerar que la sentencia puede ejecutarse perfectamente partiendo de la nota obtenida en ese



segundo ejercicio, han de ser totalmente rechazadas. Igualmente rechazables son las alegaciones similares que formulan lo que aprobaron a su entender ese segundo ejercicio, si se hubiera fijada la nota de corte de otro modo. Con la Sentencia del T.S. en la mano, nunca serán considerados aprobados en ese procedimiento.

SEGUNDO.- La defensa de la Junta de Extremadura considera que no procede ejecutar la Sentencia en sus propios términos por cuanto de hacerlo, dado el tiempo transcurrido entre la convocatoria y Resolución del concurso, y existiendo un número importante de aprobados que obtuvieron su plaza, se le causarían unos perjuicios desproporcionados, como también el interés público si hubiera que declarar el cese de todos los opositores aprobados y obligarlos a volver a concursar.

Ciertamente las partes beneficiadas por una Sentencia tienen derecho a la ejecución de la misma en sus propios términos pero el artículo 18,2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, admite la existencia de imposibilidad, y el artículo 105,2 de la Ley Jurisdiccional entiende que si concurren causas de imposibilidad legal o material, el Tribunal podrá adoptar las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno.

Es sabido que el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de ejecución de las sentencias, se concreta en que el fallo judicial pronunciado se cumpla, de manera que el ciudadano, que ha obtenido la sentencia, vea satisfecho su derecho de modo que las sentencias no se conviertan en meras declaraciones sin efectividad.

Ahora bien, la tutela jurisdiccional efectiva no alcanza a cubrir las diferentes modalidades que puede revestir la ejecución de una sentencia, pues tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación. De acuerdo con lo anterior, el legislador puede establecer, sin afectar al contenido esencial del derecho, los supuestos en que no puede aplicarse el principio de identidad y sustituirse por una indemnización. Por ello cobra especial relevancia el análisis de la imposibilidad legal o material de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas, contemplada en el art. 105,2 de la Ley Jurisdiccional, como supuestos en los que se sustituye el cumplimiento de lo acordado en sentencia por otras medidas de ejecución o por su sustitución por una indemnización. Así pues, "el derecho a la ejecución de la sentencia en sus propios términos no impide que en determinados supuestos ésta devenga legal o materialmente imposible, lo cual habrá de apreciarse por el órgano judicial en resolución motivada, pues el cumplimiento o ejecución de las sentencias depende de las características de cada proceso y del contenido del fallo.

TERCERO.- En el caso que nos ocupa, la ejecución de la Sentencia pasaría por el cese de 253 enfermeros que obtuvieron plaza en un proceso selectivo que se inició en el 2007, y que culminó en cuanto a lista de aprobados en el año 2009, es decir que llevan varios años prestando sus servicios de forma



pacífica. Resulta contrario a la equidad proyectar los efectos de la Sentencia sobre esos sujetos que se verían obligados a repetir la oposición e incluso podrían perder su condición de personal estatutario fijo. A este respecto merece destacarse que la Sentencia dictada en ese recurso por el Tribunal Supremo, a diferencia de lo ocurrido en la Sentencia de fecha 18 de enero de 2013, el Tribunal no hizo mención alguna en favor de la situación de tales afectados, con lo cual necesariamente se le debe dar la protección necesaria en el presente incidente.

Ese cese, obviamente supondría no sólo un daño trascendente para esos funcionarios, sino que también afectaría al interés público ya que la prestación del servicio sanitario tal y como alega la Junta de Extremadura tiene una importancia esencial en la sociedad. La actora tiene reconocido únicamente el derecho a participar en el procedimiento, respectándose el aprobado del primer ejercicio, pero se desconoce cuál sería el resultado del segundo y baremación de méritos, lo que implica que su expectativa de obtener plaza, es eso, una mera expectativa, que en aplicación de criterios de ponderación, prevalencia o proporcionalidad en relación directa con el principio de equidad, nos lleva a considerar que la Sentencia debe ser no ejecutada por imposibilidad material. Ello es así porque frente al daño para la recurrente concretado en no poder realizar ese segundo ejercicio y baremación de méritos en el concurso recurrido, con la consiguiente imprevisión del resultado final, los perjuicios que se causaría a terceros y Administración son notoriamente de mayor enjundia. Resulta por tanto desproporcionado ejecutar en sus propios términos la Sentencia.

CUARTO.- Acordada la inejecución de la Sentencia resulta procedente conforme al artículo 105 de la Ley Jurisdiccional fijar la indemnización procedente.

La Letrada de la Junta de Extremadura solicita que en este Auto se fijen los parámetros necesarios para la determinación de la indemnización. Es cierto que La STS, Sala Tercera, sec. 5ª, de 4 febrero 2009, rec.: 1745/2007. Pte.: Fernández Valverde, Rafael, señala que cuando el juez o tribunal apreciare la concurrencia de esa causa, deberá adoptar las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecución y habrá de proceder, incluso, a la fijación, en su caso, de la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno la sentencia dictada. "En principio, el procedimiento se considera como único, pero no existe inconveniente, de conformidad con el 71,1,d) LRJCA, para establecer simplemente las bases para la determinación de la cuantía de la indemnización, cuya definitiva concreción se realizará en ejecución de la mencionada resolución. Así en la STS de 27 junio 2006, se señaló que "ni de la letra ni del espíritu del citado art. 105,2 de la Ley Jurisdiccional se deduce tal imposibilidad sino todo lo contrario, de manera que el hecho de señalarse, en ocasiones, tal indemnización en el propio incidente abierto a instancia de la Administración obligada a ejecutar la sentencia, no supone que así deba ser, pues tramitado el procedimiento en la forma prevista por el indicado precepto, el mismo puede terminar con la declaración de inejecutabilidad de la sentencia meramente, para, después tramitar el que



permita fijar los perjuicios causados por ello, como en este caso se procedió con toda corrección por el tribunal a quo a petición de los perjudicados". En la misma línea la ya citada STS de 27 enero 2007".

Pero no es menos cierto que no existe obstáculo legal para fijar la indemnización en el propio incidente cuanto la recurrente ha señalado cantidad concreta y se puede realizar el cálculo sin ocasionar indefensión a las partes.

A estos efectos, 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. A estos efectos la actora partiendo que obtendría la plaza a la que concursó y que se le ha cerrado el acceso a un cargo público, pretende un resarcimiento por los sueldos dejados de obtener en toda su vida profesional. Ello es inaceptable por cuanto parte de la premisa equivocada de que hay que declarar que habría superado todos los ejercicios del concurso oposición, cuando ello en modo alguno resulta de la Sentencia firme. Lo único que tenía, digamos ganado, era el aprobado del primer ejercicio pero le restaba participar en el segundo, por lo que el resultado final no es cierto. Por ello los cálculos habrán de hacerse desde ese prisma y la actora reclama por el primer concepto 7.406,61 euros a los que habría que adicionarse los que pudieran resultar de la minutación final del Letrado y procuradora. Y por el segundo, 1.306.801,25 por sueldos dejados de obtener en toda su vida profesional, ascendiendo el total a la cantidad de 1.414.207,86.

Como decimos el cálculo es totalmente inadecuado y dada la dificultad de valorar la expectativa que expusimos con anterioridad, esto es la de aprobar o no en el segundo ejercicio y la consideración del primero como aprobado, frente a la situación en que queda, de participar en nuevos procedimientos selectivos desde su inicio, consideramos como razonable fijar una cantidad a tanto alzado por todos los conceptos por importe de 40.000 euros.

Esa será la única indemnización a percibir por ser la única parte que interpuso el recurso correspondiente y obtuvo la satisfacción de su pretensión. Es inaceptable fijar indemnización alguna a favor de otros opositores que no formularon el pertinente recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional no procede imponer las costas a ninguna de las partes.

PARTE DISPOSITIVA

Se declara la imposibilidad material de ejecutar en sus propios términos la Sentencia dictada en el recurso del que dimana este incidente, de fecha 25 de junio de 2013, y fijando una indemnización a favor de la recurrente D^a FERNANDA PIMIENTA GIL, de la cantidad total de 40.000 euros.

Contra este auto cabe recurso de reposición en el plazo de cinco días. De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, según la reforma efectuada por LO 1/2009, de 3 de noviembre, si se interpone recurso de reposición la parte actora deberá



consignar el depósito de 25 euros en la cuenta de consignaciones de esta Sala de Justicia. Si no se consigna dicho depósito el recurso no se admitirá a trámite.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. anotados al margen, ante mí, el/la Secretario/a Judicial, que doy fe.