



Roj: **STS 6481/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:6481**

Id Cendoj: **28079130072013100499**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **19/12/2013**

Nº de Recurso: **1240/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Diciembre de dos mil trece.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso de casación que con el número **1240/2012** ante la misma pende de resolución, interpuesto por don Emilio y doña Mariana, representados por el Procurador don Miguel Torres Álvarez, contra los autos de 18 de julio y 7 de diciembre de 2011 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia [dictados en el incidente de ejecución de la sentencia firme recaída en el proceso contencioso-administrativo núm. 745/2003 que se siguió ante dicha Sala de Galicia, constituida por la sentencia de 19 de julio de 2009 dictada por esta Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el recurso de casación número 4041/2005].

Siendo partes recurridas la XUNTA DE GALICIA, representada por el Procurador don Argimiro Vázquez Guillén; don Avelino, representado por doña Beatriz de Mera González; y doña Caridad, doña Macarena, don Indalecio, don Romualdo, doña Almudena y doña Gregoria representados por el Procurador don Argimiro Vázquez Guillén.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El auto de 18 de julio de 2011 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictado en el incidente de ejecución de la sentencia firme recaída en el proceso contencioso-administrativo núm. 745/2003, contiene una parte dispositiva que copiada literalmente dice:

"REQUERIR A LA XUNTA DE GALICIA PARA LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA DICTADA EN EL PO 745/2003, EN LOS TÉRMINOS INDICADOS EN EL PRESENTE AUTO, TENIENDO EN CUENTA:

PRIMERO.- QUE PROCEDE LA RETROACCIÓN DEL PROCEDIMIENTO PARA QUE, MEDIANTE LA DESIGNACIÓN DE NUEVO TRIBUNAL SE REALICE EL CUARTO EJERCICIO NUEVAMENTE, CON ARREGLO A LA CONVOCATORIA Y EN LOS TÉRMINOS PAUTADOS POR LA SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JULIO DE 2009 Y LLAMANDO A SU REALIZACIÓN A TODOS LOS ASPIRANTES QUE SUPERARON EL TERCER EJERCICIO (Y NO INCLUIDOS ENTRE LOS INICIALMENTE APROBADOS) A TAL FIN LA ADMINISTRACIÓN DEBE GARANTIZAR LA DOTACIÓN DE LAS CORRESPONDIENTES PLAZAS PARA EL CASO DE SUPERACIÓN DEL MISMO.

DICHO EJERCICIO SE REALIZARÁ DENTRO DEL SEGUNDO Y CUARTO MES A CONTAR DESDE LA FIRMEZA DEL PRESENTE AUTO.

SEGUNDO.- QUE LOS INICIALMENTE NOMBRADOS HAN DE MANTENERSE EN SUS PLAZAS.

SIN COSTAS".

El posterior auto de 7 de diciembre de 2011 de la misma Sala de Galicia acordó lo siguiente :



" **LA SALA ACUERDA.-** DESESTIMAR EL RECURSO DE SÚPLICA INTERPUESTO POR D. Emilio Y D^a Mariana CONTRA EL AUTO DE 18 DE JULIO DE 2001 (SIC) EN LA REDACCIÓN DADA POR EL AUTO DE 20 DE JULIO DE 2011, DICTADO POR ESTA SALA SOBRE INCIDENTE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA DICTADA POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JULIO DE 2009 (REC. 4041/2005)".

SEGUNDO.- Notificado el último auto, se promovió recurso de casación por don Emilio y doña Mariana, y la Sala de instancia lo tuvo por preparado y remitió las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, la representación de la parte recurrente presentó su escrito de interposición del recurso de casación, que tras expresar los motivos en que lo apoyaba terminaba con este **SUPPLICO A LA SALA:**

"Que, tenga por presentado el presente escrito y los documentos que lo acompañan con sus copias, se sirva tenerme por comparecido y parte en la representación que ostento, ordenando que se entiendan conmigo las sucesivas actuaciones, por interpuesto, en tiempo y forma recurso de casación en su día preparado contra el Auto de 18 de julio de 2011 en su redacción dada por Auto de 20 de julio de 2011 y el auto confirmatorio del anterior de 7 de diciembre de 2011, dictados en la ejecución de Sentencia del Tribunal Supremo del 19 de julio del 2009 recaída en el presente P.O 745/2003 por la Sección 1a de la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, lo admita y previos los trámites legales, dicte resolución dando lugar al mismo, casando y anulando los Autos recurridos, y por la cual con los demás pronunciamientos que correspondan conforme a derecho:

1º.- Se declare que procede ejecutar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 19 de julio de 2009, dictada en el recurso de casación n° 4041/2005 de modo que **se limite el ámbito de la retroacción** ordenado por la misma así como de sus efectos únicamente a mis representados Dña. Mariana y D. Emilio en ejercicio de la pretensión jurídica individualizada ejercitada por éstos.

2º.- Subsidiariamente a dicha pretensión realizada de forma principal, se declare que procede ejecutar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 19 de julio de 2009, dictada en el recurso de casación n° 4041/2005 de modo que **se limite el ámbito de la retroacción** ordenado por la misma así como de sus efectos únicamente a mis representados Dña. Mariana y D. Emilio y a los aprobados inicialmente en el proceso selectivo con **exclusión** de los llamados por el TSJ de Galicia "ejecutantes colaterales" (participantes en el cuarto ejercicio del proceso selectivo que no recurrieron la Resolución declarada nula y consintieron la misma).

3º.- Subsidiariamente a dicha pretensión realizada de forma subsidiaria, se declare que procede ejecutar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 19 de julio de 2009, dictada en el recurso de casación n° 4041/2005 de modo que **se extienda el ámbito** de la retroacción ordenado por la misma a todos los participantes del cuarto ejercicio del proceso selectivo (tanto aprobados como suspensos)".

CUARTO.- La XUNTA DE GALICIA formalizó su oposición mediante escrito en el que, después de alegar lo que estimó conveniente, finalizó así:

"(...) se inadmita el recurso presentado en cuanto a la pretensión relativa a la repetición del cuarto ejercicio por los aspirantes aprobados y nombrados, o en su defecto y subsidiariamente lo desestime en cuanto a este extremo, rechazando las pretensiones subsidiarias formuladas por los recurrentes".

QUINTO.- La representación de don Avelino se opuso al recurso de casación pidiendo que

"(...) se desestime el mismo, con imposición de costas a los recurrentes".

SEXTO.- La representación de doña Caridad y sus litisconsortes se opuso así mismo al recurso de casación con un escrito que terminaba con la siguiente SÚPLICA:

"(...) se dicte resolución por la que se acuerde la inadmisión del recurso de casación, o subsidiariamente su desestimación, con expresa imposición de costas a los recurrentes".

SÉPTIMO.- Conclusas las actuaciones se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 4 de diciembre de 2013.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son datos relevantes para decidir la actual casación los siguientes:



1.- Don Juan , don Emilio y doña Mariana participaron en el proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Gestión de la Administración de la XUNTA DE GALICIA convocado por Orden de 18 de diciembre de 2001 de la Consellería de la Presidencia, Relaciones Institucionales y Administración Pública.

Superaron los tres primeros ejercicios pero no el cuarto, y plantearon recurso de alzada contra los acuerdos del Tribunal Calificador que hizo públicas las puntuaciones del cuarto ejercicio; y los recursos fueron desestimados por las resoluciones de 12 y 18 de junio y 8 de agosto de 2003 de la mencionada Consellería.

2.- Esas mismas tres personas impugnaron ante la Sala de Galicia de esta jurisdicción, mediante el correspondiente recurso contencioso-administrativo, las referidas resoluciones de 12 y 18 de junio y 8 de agosto de 2003; y dicha Sala dictó el 9 de marzo de 2005 sentencia desestimatoria de dicho recurso jurisdiccional.

3.- La sentencia anterior fue objeto del recurso de casación núm. 4041/2005 interpuesto por don Emilio y doña Mariana , y una nueva sentencia de 19 de julio de 2009, dictada por esta Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo , estimó la casación, anuló la sentencia recurrida (*"en los términos de los anteriores fundamentos jurídicos"*) y ordenó retrotraer las actuaciones al inicio del cuarto ejercicio.

Los razonamientos principales que llevaron a esta Sala a dicho fallo, contenidos en los fundamentos segundo, tercero y cuarto, expuestos en lo esencial, se resumen en lo siguiente.

El fundamento segundo inicialmente dejó constancia de lo que la convocatoria establecía sobre el cuarto ejercicio de la convocatoria, en especial sobre que consistiría en resolver un supuesto práctico, sería calificado entre 0 y 10 puntos y sería necesario obtener un mínimo de cinco puntos para superarlo. Luego afirmó que la base de la convocatoria estaba pensando en un supuesto práctico y no en un ejercicio tipo test. Y más adelante, acogiendo la impugnación de los recurrentes de que el cuarto ejercicio había sido corregido en contra de las bases de la convocatoria (por haberlo hecho diferenciando entre preguntas acertadas y erróneas y anulando una de las primeras por cada una de las segundas), declaró de que el Tribunal Calificador se había inventado un sistema de calificación de ese cuarto ejercicio que no era el pensado en las bases de la convocatoria.

Como consecuencia de todo lo anterior, declaró que procedía *"decretar la retroacción de actuaciones para que se realice el mismo (esto es, el cuarto ejercicio) ajustándose en su totalidad a lo dispuesto por las Bases de la Convocatoria"*.

El fundamento tercero, basándose en el hecho, apreciado por la propia Sala de instancia, de que el asesor del Tribunal Calificador autor del examen que resultó elegido poseía una Academia en la que se habían preparado varios aspirantes, señaló que esa intervención viciaba de nulidad el procedimiento, al menos en el cuarto ejercicio.

El fundamento cuarto declaró que tampoco podía admitirse una nota de corte por parte del Tribunal Calificador en el último ejercicio que perjudicara a quienes hubieran obtenido en el mismo la calificación mínima de cinco sobre diez establecida en las bases.

4.- Instada la ejecución de la sentencia de este Tribunal Supremo dictada en la casación núm. 4041/2005 se personaron en el incidente tres grupos de personas que la Sala de instancia en sus resoluciones ha denominado y caracterizado así:

(i) Parte ejecutante principal: los que plantearon el recurso de casación (Sra. Mariana y Sr. Emilio).

(ii) Parte ejecutante colateral: los que habían superado el tercer ejercicio del proceso selectivo y no el cuarto, pero no impugnaron ese resultado ante la Sala de Galicia ni ante este Tribunal Supremo.

(iii) Parte ejecutante pasiva: los aspirantes que superaron el cuarto ejercicio y fueron nombrados sin que este nombramiento fuera impugnado.

5.- En ese incidente de ejecución dictó la Sala de Galicia un auto de 18 de julio de 2011 (objeto de corrección en cuanto a algunos errores materiales por el posterior auto del día 20 inmediato siguiente), que acordó lo siguiente:

"REQUERIR A LA XUNTA DE GALICIA PARA LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA DICTADA EN EL PO 745/2003 , EN LOS TÉRMINOS INDICADOS EN EL PRESENTE AUTO, TENIENDO EN CUENTA:

PRIMERO:- QUE PROCEDE LA RETROACCIÓN DEL PROCEDIMIENTO PARA QUE, MEDIANTE LA DESIGNACIÓN DE NUEVO TRIBUNAL SE REALICE EL CUARTO EJERCICIO NUEVAMENTE, CON ARREGLO A LA CONVOCATORIA Y EN LOS TÉRMINOS PAUTADOS POR LA SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JULIO DE 2009 Y LLAMANDO A SU REALIZACIÓN A TODOS LOS ASPIRANTES QUE SUPERARON EL TERCER EJERCICIO (Y NO



INCLUIDOS ENTRE LOS INICIALMENTE APROBADOS) A TAL FIN LA ADMINISTRACIÓN DEBE GARANTIZAR LA DOTACIÓN DE LAS CORRESPONDIENTES PLAZAS PARA EL CASO DE SUPERACIÓN DEL MISMO.

DICHO EJERCICIO SE REALIZARÁ DENTRO DEL SEGUNDO Y CUARTO MES A CONTAR DESDE LA FIRMEZA DEL PRESENTE AUTO.

SEGUNDO.- QUE LOS INICIALMENTE NOMBRADOS HAN DE MANTENERSE EN SUS PLAZAS.

(...)"

6.- La lectura completa de los fundamentos de ese auto de 18 de julio que acaba de mencionarse revela que llegó a la decisión contenida en su parte dispositiva después de abordar y decidir, en los términos que resumidamente se expondrán a continuación, las tres cuestiones siguientes.

6.1. La primera de esas cuestiones fue si la repetición del cuarto ejercicio que había de realizarse para la ejecución de la sentencia había de realizarse para la totalidad de los que habían participado en él (tesis de los ejecutantes colaterales) o sólo para las dos personas que habían interpuesto el recurso de casación (tesis de los ejecutantes principales).

La Sala de Galicia concluye respecto de este primer problema que la ejecución pasa por admitir a la realización del cuarto ejercicio a todos los aspirantes que hubieran superado los tres primeros ejercicios, y para ello utiliza tres argumentos.

El primer argumento arranca de la distinción, dentro de la amplia casuística de la anulación de procesos selectivos entre estos dos supuestos: aquéllos en que se discute la particular valoración aplicada a un aspirante; y aquéllos otros en que lo anulado es el criterio de valoración aplicado con alcance general. Desde tal diferenciación, la Sala de Galicia afirma que en el primer supuesto la correspondiente sentencia solo se extendería al caso del recurrente, mientras que en el segundo las exigencias del derecho fundamental de acceso a los empleos públicos en condiciones de igualdad y según los principios de mérito y capacidad (artículos 14 y 23 CE) imponen la eficacia de la sentencia anulatoria para todos y cada uno de los aspirantes. Y termina citando la doctrina contenida en la STC de 19 de junio de 1998 (Rec. 2751).

El segundo argumento invoca la literalidad de la sentencia de este Tribunal Supremo de cuya ejecución aquí se trata (la de 19 de junio de 2009 dictada en la casación 4041/2005), constituida por esta expresión de su fundamento segundo: *"la retroacción de actuaciones para que se realice el mismo ajustándose en su totalidad a lo dispuesto por las Bases de la Convocatoria"*.

El tercer argumento trae a colación lo establecido en el artículo 72.2 de la LJCA , y la interpretación dada a este precepto por la sentencia del Pleno de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo 7 de junio de 2005 .

6.2. La segunda cuestión es que, en la ejecución de sentencia, debía respetarse y garantizarse el derecho de los aspirantes que ya inicialmente fueron aprobados y, como consecuencia de ello, nombrados; para lo que el auto de que se viene hablando ofrecía argumentos procesales y sustantivos.

Los argumentos procesales eran que nadie había impugnado la calificación de los aprobados del cuarto ejercicio ni sus nombramientos posteriores, así como que esa STS de 19 de junio de 2009 , de la que arranca la ejecución, había reconocido el derecho a un cuarto ejercicio pero silenciaba su ámbito subjetivo; y también se traía a colación la STC 144/2000, de 29 de mayo .

Los argumentos sustantivos consistían en recordar la preclusión de los plazos para recurrir, con la excepción de la revisión por nulidad de pleno derecho de conformidad con lo establecido en el artículo 102 de la Ley 30/1992 ; y en subrayar los límites que para esta revisión resultan del artículo 107 del mismo texto legal .

Dentro de esta misma perspectiva sustantiva, se señalaba que la excepcionalidad del caso demandaba medidas igualmente excepcionales, derivadas de la consideración de estos cuatro datos objetivos. (a) la ajenidad de los aspirantes aprobados a las anomalías detectadas, al ser éstas imputables por entero a la Administración convocantes; (b) que estos aspirantes habían resultado aprobados no lo habían sido en virtud de un concurso o pruebas simples sino después de haber superado varios ejercicios competitivos en los que habían demostrado su mérito y capacidad; (c) que habían transcurrido más de diez años desde la convocatoria y ocho desde su toma de posesión, por lo que se había generado en ellos la confianza legítima de su status funcional; y (d) que esos ocho años de desempeño funcional acreditaban experiencia y saber práctico, por lo que ya resultaba absurdo y redundante exigirles demostrarlo en una prueba de tal naturaleza.

Y se citaba la doctrina contenida en las SsTC 136/1989 y 111/2003 .

6.3. La tercera cuestión era la relativa a las limitación de plazas para quienes aprobaran la repetición de este cuarto ejercicio, y se resolvía en el sentido de que se debía mantener su derecho a optar a tantas plazas como



fueron convocadas; esgrimiendo la Sala de Galicia como argumento muy principal que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva prevalecía sobre las reglas presupuestarias y había sobradas técnicas, dentro de la potestad administrativa de autoorganización, para asegurar la atribución de plazas y destinos a quienes resultaran finalmente aprobados.

7.- El auto anterior fue objeto de un recurso de suplica interpuesto por don Emilio y doña Mariana , que fue desestimado por el posterior auto de 7 de diciembre de 2011 .

SEGUNDO.- El actual recurso de casación lo han interpuesto también don Emilio y doña Mariana ; y lo dirigen contra esos autos de 18 de julio y 7 de diciembre de 2011 , dictados en el incidente de ejecución de sentencia que antes se ha mencionado.

El recurso se deduce al amparo de lo establecido en el artículo 87.1.c) de la Ley reguladora de esta jurisdicción (LJCA), esgrimiendo la idea principal de que dichos autos introducen cuestiones no decididas en el fallo de la sentencia de cuya ejecución se trata, y contradicen por ello lo decidido por dicha sentencia con carácter firme y fuerza de cosa juzgada.

La petición final de ese recurso es que los autos recurridos sean anulados y, como consecuencia de ello, se realice cualquiera de estos tres pronunciamientos alternativos:

1º.- Con carácter principal, que el ámbito de la retroacción de actuaciones al inicio del cuarto ejercicio del proceso selectivo, ordenada por el fallo de la sentencia de 10 de junio de 2009 dictada por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo en la casación 4041/2005 , quede limitado únicamente a los recurrentes Sr. Emilio y Sra. Mariana .

2º.- Subsidiariamente, que se limite esa retroacción a los recurrentes (parte ejecutante principal) y a los aprobados inicialmente en el proceso selectivo (parte ejecutante pasiva); con exclusión de los aspirantes que participaron en el cuarto ejercicio del proceso selectivo, no lo superaron y no recurrieron la actuación administrativa (parte ejecutante colateral).

3º.- Subsidiariamente a la petición subsidiaria anterior, que la retroacción se extienda a todos los participantes del cuarto ejercicio (esto es, tanto a los aprobados como a los que no lo superaron).

El desarrollo argumental de esa idea principal, realizado en el apartado III del recurso, contiene en esencia los planteamientos que continúan.

(A) Primero se subraya la recurribilidad de los autos combatidos, a través del cauce utilizado [el artículo 87.1.c) LJCA], recordando que lo pretendido es garantizar el exacto cumplimiento del fallo de cuya ejecución se trata y que la jurisprudencia ha declarado que esa específica vía de casación tiene como finalidad garantizar la exacta correlación entre lo resuelto en el fallo y lo ejecutado para darle cumplimiento.

(B) Luego se dice que la Sala de instancia inicialmente define un escenario de ejecución, limitado a decidir si la repetición del cuarto ejercicio debía extenderse a todos los que participaron en él o circunscribirse solamente a quienes no se aquietaron en vía administrativa o jurisdiccional; y, sin embargo, posteriormente, adopta una decisión contraria a esa inicial definición, ya que no limita la ejecución a los dos recurrentes ni acoge la repetición del ejercicio en su integridad, y extiende la retroacción a todos los que participaron en ese cuarto ejercicio y no lo superaron, con exclusión de los que sí fueron nombrados para las plazas convocadas en el proceso selectivo litigioso.

(C) A continuación se sostiene (y ésta es la parte central del desarrollo argumental) que los autos recurridos ha introducido cuestiones que no estaban previstas en el fallo de cuya ejecución se trata que contradicen su sentido por lo siguiente: (I) se abandonan esos dos escenarios iniciales (retroacción total o limitada) y se sigue una tercera vía de extender la retroacción a todos los participantes del cuarto ejercicio con exclusión de los que lo aprobaron que se aparta del contenido de la sentencia; (II) se trata de una extensión de los efectos del fallo que vulnera bien el artículo 110 de la LJCA (si se entiende que lo ejercitado fue una pretensión individualizada), bien el artículo 109 (si se entiende que se está ante una pretensión de mera nulidad); (III) la exclusión de los aprobados en ese cuarto ejercicio es una excepcionalísima medida que viene a subsanar y convalidar la nulidad radical de los inicialmente aprobados en ese cuarto ejercicio que había sido declarada en la sentencia de este Tribunal Supremo; y (IV) mediante una incorrecta aplicación de los artículos 23 y 14 de la Constitución , coloca en un plano de igualdad jurídica a quienes como los recurrentes recurrieron en tiempo (ejecutantes principales) y a aquéllos otros que consintieron la actividad administrativa (ejecutantes colaterales).

(D) Posteriormente, se insiste en que lo correcto es mantener el escenario inicial que para la ejecución definió la Sala de Galicia; es decir, limitar la cuestión a decidir si la retroacción ha de quedar limitada sólo a o los dos recurrentes o ha de efectuarse una retroacción total.



Desde ese punto de partida se plantean las siguientes alternativas.

1º Que no nos encontramos ante una pretensión objetiva de anulación sino ante una pretensión plena jurisdicción o de reconocimiento de una situación jurídica individualizada, y esto conduce tener en cuenta el diferente ámbito subjetivo que para las sentencias de este orden contencioso-administrativo establecen los apartados 2 y 3 del artículo 72 LCA ; y con las consecuencias de que sólo a quienes dedujeron su pretensión de reconocimiento se restablecerá su situación jurídica afectada por la actuación administrativa anulada.

2º Que, según lo anterior, los ejecutantes colaterales no son afectados por el fallo que puedan utilizar la vía del artículo 109 LJCA .

3º Que al haber consentido su situación esos ejecutantes colaterales tampoco están en la misma posición jurídica que los recurrentes y, por tal razón, no puede servir para ellos la vía de la extensión del artículo 110 LJCA .

4º Que, subsidiariamente, y para el caso de que no se acogiera la tesis de la pretensión jurídica individualizada, la ejecución de la sentencia no podría extenderse a quienes consintieron y no recurrieron la actuación administrativa.

5º Que, de no estimarse ninguna de las tesis anteriores y subsidiariamente a las mismas, habría de tenerse en cuenta que nos encontramos ante una sentencia de nulidad radical que lleva a la retroacción total de las actuaciones.

TERCERO.- El recurso de casación interpuesto por el cauce del artículo 87.1.,c) de la LJCA , que es el que aquí ha sido deducido, tiene como único fin controlar si las resoluciones judiciales de ejecución que mediante él pretenden combatirse son coherentes y se corresponden con el fallo de cuya ejecución se trata o, por el contrario, lo incumplen, bien por extenderse a cuestiones no decididas en la sentencia, bien por acordar medidas que contradicen lo decidido en ella.

Lo cual significa que no todas las cuestiones que hayan sido decididas en un incidente de ejecución por el tribunal encargado de la misma tienen acceso a esta específica modalidad de casación.

Con el anterior presupuesto, lo que en la actual casación ha de decidirse es si es o no contrario al fallo de la sentencia que es objeto de la aquí polémica ejecución (la de 19 de julio de 2009 dictada por esta Sala y Sección en la Casación 4041/2005) esa decisión, adoptada por los autos de ejecución que ahora se recurren, de hacer extensiva, también a los que denomina ejecutantes colaterales, la retroacción de actuaciones al inicio del cuarto ejercicio del procedimiento selectivo litigioso ordenada por el fallo. Extensión que, como resulta de la reseña de actuaciones que antes se efectuó, tales autos disponen mediante la orden dirigida a la XUNTA DE GALICIA para que llame a la realización del cuarto ejercicio a todos los aspirantes que superaron el tercero y no figuraron incluidos entre los inicialmente aprobados.

Esa llamada o extensión a tales ejecutantes colaterales es la que el actual recurso de casación califica de contradictoria con el fallo objeto de ejecución, y el dato fundamental invocado para apoyar la vulneración del mencionado artículo 87.1.c) de la LJCA que se denuncia como motivo de casación.

Y las soluciones o remedios reclamados para evitar esa contradicción son estas alternativas: limitar la llamada al cuarto ejercicio que ha de repetirse sólo a los recurrentes de la actual casación; llamar también a ese nuevo ejercicio a quienes resultaron aprobados; o, por último, que se sometan al mismo la totalidad de los que habían aprobado el tercero (es decir, los recurrentes, los que lo habían aprobado y, así mismo, los aspirantes que después de aprobar el tercero no superaron el cuarto).

QUINTO.- El planteamiento que ha quedado expuesto pone de manifiesto que la primera cuestión a decidir en el actual debate casacional es determinar cual fue el contenido del fallo al que está referida la controvertida ejecución, pues ése es el parámetro que determinará si asiste razón o no al recurso de casación en esa contradicción o exceso que imputa a los autos recurridos.

Para esa tarea de determinación han de tenerse en cuenta inexcusablemente estos dos elementos: (I) la concreta actuación administrativa frente a la que fue dirigida la impugnación jurisdiccional deducida en el proceso principal; y (II) que, no tratándose de materia en la que esté admitida la acción popular, el interés legitimador inexcusable para dicha impugnación son los concretos derechos e intereses individuales de los accionantes concernidos por esa impugnada actuación de la Administración [artículo 19.1, a) y h) LJCA].

La conjunción de ambos elementos pone de manifiesto que la pretensión anulatoria que fue ejercitada por los recurrentes en el proceso principal lo que combatió fue la decisión, contenida en los actos administrativos impugnados, de excluirles en la relación de aprobados del cuarto ejercicio; y la pretensión de restablecimiento



de su situación jurídica afectada por dicha exclusión fue que se les colocara en la misma posición en que se encontraban antes de la celebración del cuarto ejercicio.

La primera consecuencia que resulta de lo que antecede es que lo decidido por el fallo de la sentencia objeto de ejecución fue la estimación de esas dos pretensiones en los siguientes términos: (a) la anulación total de la exclusión que se hizo de los recurrentes en la relación de aprobados del cuarto ejercicio; y (b) la obligación de reponer para dichos accionantes las actuaciones al momento de celebración del cuarto ejercicio en los términos que exigiera el pleno restablecimiento de su situación jurídica afectada por la ilegal exclusión.

Otra necesaria consecuencia de lo anterior es que la nulidad de la exclusión, por imperativo constitucional, no puede circunscribirse a los accionantes, pues tiene que ser aplicada también a la exclusión de todos aquellos que la sufrieron como consecuencia de la misma actividad administrativa y por las mismas razones que luego hayan sido invalidadas.

Es la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 10/1998, de 13 de enero , que se expresa en estos términos:

"Desde estas premisas doctrinales conviene destacar que el sistema de calificación seguido y que penalizó la puntuación de las respuestas erróneas del segundo ejercicio, no se ajustó a los criterios definitivamente establecidos, es decir, los fijados por el Tribunal Calificador núm. 1 en su circular de 26 de mayo de 1992. Se produjo, pues, una infracción de las normas reguladoras de la oposición, pero no una violación del art. 23.2 C.E . en la medida que el ilegal baremo aplicado afectó a todos los aspirantes por igual.

Recurrida por ciertos opositores la Resolución que publicó la relación de aprobados, la Administración ordenó revisar las puntuaciones del ejercicio de acuerdo con lo previsto en la mencionada circular, si bien circunscribió la revisión a los impugnantes. Al aplicar a sus ejercicios dos criterios de valoración deferentes, consagró así una desigualdad de trato entre los aspirantes contraria al art. 23.2 C.E , contra la que de inmediato reaccionó la demandante de amparo.

Lleva razón la Sala cuando concluye que fue el propio aquietamiento de la recurrente lo que determinó su distinta posición jurídica. Lo que no cabe compartir, en cambio, es que no se haya producido lesión del art. 23.2 C.E . Si la concursante fue excluida en virtud de una errónea calificación, cuando ésta es corregida por obra del recurso de terceros, la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual, a resolver el recurso a la luz del art. 23.2 C.E . Al no hacerlo, se produce un vicio autónomo y distinto que genera el derecho a la reparación.

Y ello, porque una cosa es el hecho de aquietarse ante una eventual infracción de la legalidad, con las consecuencias que ello tenga de acuerdo con el ordenamiento, y otra muy distinta la producción ulterior de una nueva lesión, ésta de carácter o con relevancia constitucional. La solicitante del amparo consintió el erróneo criterio de valoración, pero no un vicio ulterior y distinto, cual es el surgido con ocasión de la resolución de ese error respecto de otros concursantes, y cuya reparación no puede ser impedida con el argumento de haber consentido una infracción distinta, anterior y de menor relevancia. A tal propósito, el entero ordenamiento jurídico, aquí el procedimiento de selección y el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ha de ser interpretado de conformidad con el art. 24.1 C.E . a fin de propiciar que cualquier ciudadano pueda recabar la tutela de los Jueces y Tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos que el ordenamiento le reconoce, y en particular, de los derechos fundamentales".

Dicha doctrina es reiterada en las SsTC 23/1998 y 24/1998, ambas de 27 de enero ; 25/1998 , 26/1998 , 27/1998 y 28/1998, todas de 24 de febrero ; 85/1998, de 20 de abril ; 97/1998, de 9 de junio ; y 107/1998, de 19 de junio .

SEXTO.- Desde la premisa que significa lo que acaba de razonarse, debe ya decirse que esa extensión a los ejecutantes colaterales de la retroacción dispuesta por el fallo objeto de ejecución no puede considerarse contradictoria con el mismo, sino una obligada exigencia de lo que demanda la debida observancia del artículo 23.2 CE según esa jurisprudencia constitucional que ha sido recordada.

Tampoco puede compartirse que el cumplimiento de ese fallo exija llamar de nuevo al cuarto ejercicio a quienes ya lo tienen aprobado, al ser esta una medida que no resulta necesaria para el debido restablecimiento de la situación jurídica de los recurrentes impuesta por dicho fallo; y esto porque la Sala de Galicia asegura ese pleno restablecimiento imponiendo a la Administración demandada la dotación de plazas que sea precisa para ello.

Estas últimas medidas las adopta la Sala de instancia invocando, entre otras razones, el tiempo transcurrido y el principio de equidad, al amparo de lo establecido en el artículo 102 de la Ley 30/1992 , y ponderando para ello la situación gravemente perjudicial y de difícil reparación que podrían sufrir los aspirantes aprobados



ajenos al proceder irregular de la Administración; y debe decirse que dichas medidas podrán ser cuestionables desde otras perspectivas, pero no lo son desde la única aquí controlable cual es la atinente a si la actividad de ejecución cumplió con ese doble pronunciamiento contenido en el fallo de la sentencia a ejecutar: la anulación de la exclusión de los recurrentes en la relación de aprobados del cuarto ejercicio; y el restablecimiento de su situación existente antes de la celebración de ese ejercicio, permitiéndoles realizarlo con las mismas expectativas de acceso que poseían cuando lo realizaron la primera vez.

No obstante lo anterior, esta Sala cree conveniente recordar que la equidad, según establece el artículo 3.2 del Código civil, es un criterio de interpretación e integración extensible a la aplicación de cualquier norma jurídica; un criterio que, según ha subrayado la mejor doctrina, pretende humanizar y flexibilizar la aplicación individualizada de las normas jurídicas cuando el resultado de su estricta observancia, en el contexto de las singulares circunstancias concurrentes, pueda resultar contrario a otros principios o valores del ordenamiento jurídico.

Como también considera pertinente subrayar que comprende la conducta procesal de los recurrentes y el estimable móvil que les impulsa de procurar que las anomalías acaecidas puedan beneficiar a quienes hayan podido ser partícipes de las mismas; pero a ello ha de oponerse lo siguiente: en la demanda formalizada en la instancia no se identificó a ningún aspirante aprobado en quien hubiese de reconocerse su implicación personal en las anomalías; y basta que un sólo aprobado pueda sufrir injustificadamente los perjuicios de la anulación de su nombramiento para que resulte razonable valorar la posibilidad de evitar esas graves consecuencias.

SÉPTIMO.- Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar no haber lugar al recurso de casación; y no hacer especial imposición de las costas correspondientes a esta fase de casación.

Debe señalarse, en apoyo de esto último, que, pese a no haber razones jurídicas con entidad bastante para acoger las tesis del recurso de casación, la Sala considera humanamente comprensible y razonable su planteamiento, y procedente por ello aplicar la excepción permitida por el artículo 139.2 de la LJCA.

FALLAMOS

1.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Emilio y doña Mariana contra los autos de 18 de julio y 7 de diciembre de 2011 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia [dictados en el incidente de ejecución de la sentencia firme recaída en el proceso contencioso-administrativo núm. 745/2003 que se siguió ante dicha Sala de Galicia, y constituida por la sentencia de 19 de julio de 2009 dictada por esta Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el recurso de casación número 4041/2005].

2.- No hacer especial imposición de las costas correspondientes a este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.