

## A VUELTAS CON LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN MATERIA DE EMPLEO PÚBLICO EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CARLOS COELLO MARTÍN Y  
FERNANDO GONZÁLEZ BOTIJA

A los funcionarios públicos que devinieron en ese hombre lo «*bastante libre, lo bastante leal*» que reclamaba el Doctor Tomás Stockmann, médico del Balneario, en pasados tiempos de *déclin du droit*.

«La jurisprudencia ya no se estudia, sino se busca en repertorios donde la dejan en herencia y vínculo los padres a los hijos. Y los que en universidades la estudian gastan el trabajo y el tiempo, porque no entran en el derecho por los rudimentos y principios, haciendo capaz el entendimiento, y introduciéndole, antes a un mismo tiempo oyen los principiantes y los provecos las más grandes materias del Derecho, y los maestros no procuran aprovechar sino admirar a los oyentes, haciendo ostentación de sus ingenios con número de alegaciones y buenas letras, sin sustancia ni provecho de los discípulos». (Saavedra Fajardo. *La república literaria*).

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DEL DERECHO DEL DEMANDANTE A UNA DE LAS PLAZAS CONVOCADAS. PERPETUATIO IURISDICTIONIS VERSUS MODIFICACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS: 1. La STC 111/2003. La conservación de los nombramientos efectuados. El caso de los bomberos de Barcelona. 2. La STS de 17 de febrero de 2006: auxiliares de Administración de Justicia. La ponderación de la nota de corte y los criterios del Tribunal para establecer el umbral de la selección. 3. La selección de magistrados o jueces en régimen de provisión temporal. 4. La STS de junio de 2006: Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria. 5. El caso de las plazas del Personal Operativo de Guías Caninos de la Policía.— III. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE EJECUTAR UNA SENTENCIA EN MATERIA DE EMPLEO PÚBLICO (LA UNIVERSIDAD ESPAÑOLA: LA CÁTEDRA DE DERECHO ROMANO. OTRO EFECTO DISTORSIONANTE: LA JUBILACIÓN SOBREVENIDA DE LOS RECURRENTES).— IV. CONCLUSIÓN.

**RESUMEN:** La reciente jurisprudencia del TS, siguiendo el camino marcado por la STC 111/2003, lleva a la Administración a ejecutar las sentencias condenatorias dictadas sobre procesos selectivos de empleados públicos concediendo una plaza (o indemnización equivalente en caso de imposibilidad de otorgarla) al candidato que, al menos teniendo un mérito preferente, tuvo muchas opciones de ser elegido. El principio de la confianza legítima actúa como un límite a la hora de ejecutar la sentencia pues, en determinadas circunstancias, no se podrán revocar los nombramientos ilegalmente realizados. Finalmente, el TC confirma la posibilidad de retrotraer las actuaciones aunque uno de los candidatos ya no se pueda volver a presentar por haberse jubilado, no considerándose este caso como un supuesto de imposibilidad de ejecutar la sentencia.

**Palabras clave:** Tribunal Supremo y Constitucional; empleo público; oposiciones y concursos; ejecución de sentencias; procedimiento administrativo.

**ABSTRACT:** Recent Spanish Supreme Court case-law on open competitions, according to the judgment of the Constitutional Court 111/2003, leads the Administration to enforce judgments by appointing the candidate to the civil service with more merits. Principle of legitimate expectation is a limit when a judgment is enforced, because, sometimes, it will not be possible to remove from office the candidates illegally appointed. Finally, the Spanish Constitutional Court uphold the possibility to bring back administrative procedure even when a candidate cannot take part in it again because of his or her retirement. This case is not considered as a case where it is not possible to enforce the judgment.

**Key words:** Supreme and Constitutional Court; civil service; open competition; judgments enforcement; administrative procedure.

## I. INTRODUCCIÓN

Como consecuencia del régimen de competencias de los diversos órganos jurisdiccionales establecidos en la Ley 29/1998 de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, escasos son los recursos que en materia de función pública (*estatal, autonómica, local o institucional*) son revisados por el Tribunal Supremo (1). Otro sector de empleados públicos (*per-*

(1) Con arreglo al artículo 8 de la LJCA todas las cuestiones relativas a personal —salvo las relativas al nacimiento o extinción de la relación de servicios— se residen ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo —provincial o central— competente. Hay alguna excepción, como las cuestiones de personal de las Administraciones parlamentarias o de los propios órganos jurisdiccionales, de las que conoce en primera instancia la Sala de lo Contencioso-Administrativo competente. La revisión de las resoluciones de los Juzgados en materia de personal es problemática. El único recurso plenario, que es el de apelación, está seriamente restringido por razones de cuantía. Según las reglas de fijación de la cuantía *ex artículo* 40, 41, 42.1 y 42.2 de la LJCA este último en cuanto fija de cuantía indeterminada las cuestiones funcionariales que no versen sobre derechos o

*sonal laboral y estatutario*) se rige, además, por criterios competenciales diversos de los anteriores (2).

Los pronunciamientos judiciales corresponden primordialmente a juzgados unipersonales, provinciales o centrales, en primera instancia y a Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia en apelación o en primera instancia, salvo algunos supuestos especiales (función pública judicial o parlamentaria *ad exempla* (3)).

La jurisprudencia, siguiendo esa tradicional división, es, fundamentalmente, de carácter menor. Por ende, *fragmentada y contradictoria*. Hay una tradicional vocación, que forma parte de la cultura judicial española de la *impermeabilidad de los juzgados y tribunales a la doctrina legal del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional* (4). El propio régimen de recursos establecidos en la jurisdicción contencioso-administrativa a semejanza de otros ordenes jurisdiccionales —como la introducción a nuestro juicio inapropiada del recurso de casación en las reformas operada por la Ley 10/92 de 30 de abril de Medidas Urgentes en materia procesal dictada en aplicación de las previsiones de la LOPJ y que hace suyo la LJCA de 1998— se presta.

Cierto es que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el peso de su carácter de *jurisdicción retenida* supone un severo obstáculo para un enjuiciamiento y control pleno de las Administraciones Públicas (5). El legislador de 1998 tras vacuas y huera declamaciones para justificar la reforma

sanciones susceptibles de valoración económica, con el límite del artículo 81.1 de la LJCA). Precepto que es incongruente con la regulación del recurso de casación establecido en los artículos 86 y ss. de la LJCA. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.1 las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, serán susceptibles de recurso de casación, si bien, se exceptúan las relativas a las cuestiones de personal al «servicio de las administraciones públicas, salvo que afecten al nacimiento o la extinción de la relación de servicios de funcionarios de carrera».

(2) Sobre los cuestiones relativas al orden jurisdiccional competente, un comentario al Auto de 20 de junio de 2005 de la Sala especial de conflictos, GONZÁLEZ SALINAS, «Decisión de la Sala Especial de conflictos de competencia sobre la jurisdicción competente en el régimen del personal de los Servicios de Salud después de la entrada en vigor del Estatuto Marco», en REDA, núm. 128, octubre-diciembre, 2005, pp.695-707, y PÉREZ GÁLVEZ, «El final del peregrinaje jurisdiccional del personal estatutario», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 264, 2007, págs. 11-24.

(3) *Ex artículo* 8.2 a), 9 a, y 10 i) y 10.2 de LJCA) o a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (art. 11.1 a) y 11.2 en relación con los artículos 40 a 42 que determinan la cuantía del procedimiento, y el artículo 81 de la LJCA que regula el recurso ordinario de apelación).

(4) De ahí que las propuestas de reforma del recurso de amparo deban centrarse, realmente, en la reforma cualitativa y cuantitativa profunda de la jurisdicción ordinaria.

(5) Advuértase que en algunos medios científicos o divulgativos se suele confundir el *Estado de Derecho*, con el *Estado judicial*. Este último es una negación *ex novo* del régimen de división o separación de poderes (*ex artículo* 117.1 CE de 1978 en relación con los artículos 17 y concordantes de la LOPJ).

que dejamos para ese proceder tan hispánico de la retórica legislativa, materialmente establecía una serie de dificultades en el ejercicio de las acciones jurisdiccionales (6).

Si un candidato a funcionario o un funcionario público obtienen una sentencia —anulatoria, de condena, *sentencia-marco*, etc.— estimatoria parcialmente de sus pretensiones, su segundo y lento *via crucis* se denominará ejecución de Sentencia. La ejecución de Sentencias estimatorias en el orden contencioso-administrativo ha sido una cuestión recurrente en la doctrina legal y en la científica, que adquiere matices específicos y particulares en materia de función pública. A las dificultades e inercias jurisdiccionales generales se suman algunos rasgos específicos que tornan si cabe, más difícil una correcta ejecución de las Sentencias (7).

La percepción de un auténtico «desgobierno judicial» es común a otras materias y jurisdicciones. La vieja admonición de la sabiduría popular, *¡pleitos tengas y los ganas!*, adquiere rasgos propios en el orden contencioso-administrativo (8).

Algunos de estos rasgos específicos —pero también comunes— se refieren a aspectos jurisdiccionales: a) una planta administrativa del orden contencioso-administrativo carente de magistrados especialistas que se suma al problema general del sistema de selección de funcionarios judiciales (9), b) trufados los órganos unipersonales de jueces en régimen de provisión temporal (10), c) saturada objetivamente de asuntos de todo tenor, d) la excesiva di-

(6) Como con sorna decía un viejo oficial de la Administración de Justicia ya retirado, *el Estado forma mejor a los Abogados que le defienden que a los jueces que le juzgan*.

(7) Ver, SÁNCHEZ MORÓN, «El acceso a la tutela judicial contencioso-administrativa en la reciente jurisprudencia constitucional», *Justicia Administrativa. Revista de derecho administrativo*, n° 31, 2006, pp. 215 a 220. SARMIENTO y DE LA SIERRA, «La ejecución de sentencias de los Tribunales Contencioso-administrativos (Crónica e Informe Final del VIII Congreso de la Asociación Internacional de Tribunales Supremos Administrativos, Madrid, 26-28 abril 2004)», *RAP*, n° 166, enero/abril 2005, pp. 441 a 475.

(8) Véase, en ese sentido, TOHARIA, «¡Pleitos tengas!... Introducción a la cultura legal», CIS-Siglo XXI, Madrid, 1987, págs. 14 y ss. completado con la perspectiva del análisis económico del derecho que efectúa PASTOR PRIETO, *¡Ah de la justicia! Política Judicial y Economía*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, págs. 92 y ss. págs. 165 y ss. e *in toto*.

(9) Algunos de estos problemas ya fueron puestos de manifiesto por BOCANEGRA SIERRA, «Consideraciones sobre la planta de la jurisdicción contencioso-administrativa (modelo español y modelos comparados)», *RAP* núm. 161, mayo-agosto, 2003, págs. 15 y ss. Ese *no-modelo* organizativo es aún más desolador si cabe en la praxis forense cotidiana.

(10) Que en algunas ocasiones son opositores frustrados o suspensos «recolocados» en convocatorias de escasa publicidad por sus preparadores con destino en algunos órganos jurisdiccionales o gubernativos judiciales, y que rotan en un propio peregrinar sin tasa y sin límite por todo género de jurisdicciones, de modo que se ha recuperado por esta vía jueces y magistrados renacentistas capaces de resolver un martes una cuestión laboral, un jueves un concurso de traslados de funcionarios públicos y un viernes un censo a segundas cepas de vid.

lación de los procedimientos, de modo que, como con sarcasmo cierto apostillaba TARDÍO PATO, podía ocurrir que el litigio se resolviera cuando el actor-funcionario concursante u opositor, falleciere o se hubiere jubilado (11); e) la situación administrativa en la que quedan los funcionarios cuyo nombramiento ha sido anulado por Sentencia judicial firme, etc. (12) f) las restricciones de la *función revisora* de la jurisdicción, g) los problemas conceptuales de una jurisprudencia cambiante a la hora de determinar la naturaleza de algunas cuestiones de personal (13).

En esta *desolación jurídica de la quimera judicial*, en ocasiones algunos pronunciamientos jurisdiccionales y constitucionales permiten dar cierta luz, o mejor dicho, pueden servir de guía, dada la praxis forense de los tribunales a la doctrina legal —que dicho sea de paso es en sí misma contradictoria—.

Recientemente el Tribunal Supremo (TS) y el Tribunal Constitucional (TC) han dictado varias sentencias de gran interés en materia de ejecución de sentencias relacionadas con el régimen del empleo público. Se refieren la mayoría de ellas a dos cuerpos de funcionarios cuyos estatutos jurídicos son diversos: personal de la Administración de Justicia y personal docente (14).

La cuestión que ha de resolverse en el fallo y en la propia ejecución en la resolución de la pretensión del actor es varia: a) que el orden jurisdiccional adju- que directamente la plaza de funcionario convocada que ha sido enjuiciada, b) que se ordene la retroacción de las actuaciones de un procedimiento selectivo o de provisión.

(11) Según refiere en su prólogo TARDÍO PATO, *Control jurisdiccional de concursos de méritos oposiciones y exámenes académicos*. Editorial Civitas, Madrid, 1986, págs. 11 y ss.

(12) A algunos problemas nos referimos en LÁZARO ALBA, COELLO MARTÍN, SARMIENTO, GONZÁLEZ BOTIJA «Acceso a la función pública y provisión de puestos de trabajo y ejecución de sentencias (observaciones sobre las propuestas de ejecución de sentencias en materia de funcionarios)», *REDA* núm. 133, págs. 131 y ss.

(13) Como muestra la doctrina legal del Tribunal Supremo sobre la naturaleza jurídica de las Relaciones de Puestos de Trabajo. De sostener en los años 90 su carácter de «disposiciones generales o normativas» a mantener en pronunciamientos diversos que se trataba realmente de cuestiones de personal —actos plúrimos— pero que se asimilaban a los limitados efectos del recurso de casación a las disposiciones generales, con la consecuencia derivada de los problemas de ejecución derivados de su anulación jurisdiccional.

(14) Sobre este específico régimen, NOGUEIRA LÓPEZ, *Régimen jurídico de la selección del profesorado universitario*, Atelier, Barcelona, 2004, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, IAAP-Junta de Andalucía, Sevilla, 2006, págs. 58 y ss.

## II. EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DEL DERECHO DEL DEMANDANTE A UNA DE LAS PLAZAS CONVOCADAS. *PERPETUATIO IURISDICTIONIS* VERSUS MODIFICACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Tradicionalmente, en los pleitos sobre plazas de empleados públicos se ha venido declarando por los Tribunales de lo contencioso-administrativo la necesidad de que se retrotraigan las actuaciones al momento en que se había producido la irregularidad.

El peso del *orden previo de pronunciamientos* y algunas *concepciones restrictivas de la función revisora* de la jurisdicción han avalado esta interpretación judicial. Una sentencia estimatoria que ordena retrotraer las actuaciones practicadas en el proceso selectivo hasta el momento en que se produjo la irregularidad invalidante, exige, *prima facie*, revocar los nombramientos de funcionarios acordados en virtud del proceso anulado (15).

Sin embargo, dada la escasa predisposición de la doctrina legal a adoptar medidas cautelares de suspensión del procedimiento o de los nombramientos, la indebida dilación del proceso ofrece problemas específicos, provocando un nuevo *efecto distorsionante* en la ejecución de los pronunciamientos.

¿Cómo ejecutar una definitiva sentencia que tras doce años de pleito anula una adjudicación de una plaza de funcionario público? ¿Qué hacemos con el actor candidato preterido pero triunfante en el orden contencioso? Y especularmente, ¿qué hacemos con el adjudicatario que ha ocupado y desempeñado una plaza de funcionario en virtud de un procedimiento anulado por los Tribunales? Si los procedimientos contencioso-administrativos tuvieran un plazo razonable de resolución —aproximadamente los propios plazos que se desprenden de la LJCA— las respuestas debían ser otras. Veamos a continuación la respuesta que encontramos en la jurisprudencia.

### 1. La STC 111/2003. La conservación de los nombramientos efectuados. El caso de los bomberos de Barcelona

Hay que destacar que el TC se ha mostrado sensible a la necesidad de ejecutar las sentencias que reconocen la existencia de una ilegalidad de otra manera distinta a retrotraer. Esto ha ocurrido en su Sentencia 111/2003 en la que,

(15) Como señala el profesor MEDINA ALCOZ, el problema de la ejecución de sentencias más que con la cuestión de la división de poderes tiene que ver con el problema de determinar la posición jurídica del sujeto, es decir, esclarecer a qué debe tener derecho. Ver del citado autor los siguientes trabajos: «La responsabilidad patrimonial por acto administrativo (Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión personal del sistema)», Ed. Civitas, 2005 y «Confianza legítima y responsabilidad patrimonial», REDA, n° 130, abril/junio, 2006, p. 275 y ss.

ante los hechos concretos del caso (16), el TC reconoce expresamente que no se deben revocar los nombramientos ya efectuados (*por la que desde el año 1994 fueron promovidos a la categoría de Sargentos del mencionado servicio municipal diecinueve funcionarios, que han venido desde entonces prestando servicios en dicha categoría, y sometidos al régimen jurídico propio de la misma en cuanto a derechos retributivos y de otra índole en su situación funcional*). Por tanto, no se deben retrotraer las actuaciones.

Ello es así, por las siguientes circunstancias que el TC pondera: 1°) una anulación de su nombramiento vendría a incidir en la esfera jurídica de quienes no han sido parte en el recurso contencioso-administrativo (*no fueron co-demandados en el mismo*) ni en el proceso constitucional (17), 2°) afectaría a una situación jurídica consolidada por el transcurso del tiempo y 3°) los sujetos finalmente nombrados habían sido ajenos a la lesión del derecho de libertad sindical determinante del pronunciamiento invalidatorio.

Ello no obstante, y a efectos del adecuado restablecimiento en su integridad del derecho fundamental reconocido a los demandantes de amparo, procede, situados en el pronunciamiento del art. 55.1.c LOTC, que el Ayuntamiento de Barcelona adopte las medidas apropiadas a fin de que aquéllos tengan la posibilidad de acceder a la categoría de Sargentos del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento al que pertenecen, instrumentando a tal efecto los procedimientos o medidas que la mencionada corporación municipal reputa más adecuados para lograr dicha finalidad reparadora.

(16) Se consiguió demostrar una arbitrariedad manifiesta en la valoración realizada a determinados candidatos por su afiliación sindical. En el voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, a esta Sentencia, discrepa de esta claridad de los hechos. El magistrado disidente (que también entendió que debió declararse inadmisibile el recurso de amparo por no haberse planteado el incidente de nulidad de actuaciones de los artículos 240 y 241 de la LOPJ introducido por la Ley Orgánica de 4 de diciembre de 1997), consideró que la sentencia del TC adoptada por la mayoría no había actuado con rigor procesal. Así se desprendía de una simple lectura del sexto de sus fundamentos y se mostraba al observar que llegaba a considerar como hechos probados, alegaciones de parte que la Sala jurisdiccional no apreció en ningún momento. Así (F J 6 *in fine*) no tenía dudas al afirmar, con el único soporte de los datos alegados por los interesados en las actuaciones, que era posible aseverar «la existencia de un panorama indiciario suficiente en orden a la denunciada discriminación sindical» (sic). En su opinión, ningún dato objetivo en la vía judicial servía como apoyo de dicha afirmación, marcadamente voluntarista. La Sentencia de la mayoría contradecía, como lo advirtió expresamente el Fiscal (antecedente 7 *in fine*), el art. 44.1 b) *in fine* LOTC. Dicho precepto prohíbe al TC entrar a conocer, en ningún caso de los hechos que dieron lugar al proceso judicial. La Sentencia desconocía tal prohibición y cruzaba claramente la línea que separaba un Tribunal Constitucional de una Sala de Justicia en el orden contencioso. Pero es que, además, según su criterio, se cruzaba dicha línea fundándose, única y exclusivamente, en simples alegaciones de parte que serían reveladoras de discriminación antisindical. Tales alegatos se encontraban ayunos de todo soporte en la vía judicial.

(17) Cuestión distinta es la obligación formal que tiene la Administración demandada de emplazar a todos los posibles afectados por una impugnación o un recurso contencioso-administrativo con arreglo a los artículos 48 y 49 de la LJCA.

Aunque el TC no llega a decir expresamente que el Ayuntamiento de Barcelona debía otorgar una plaza a los bomberos injustamente valorados durante el concurso para acceder a los puestos de Jefe del servicio, es evidente que, dadas las circunstancias del caso (imposibilidad de revocar los nombramientos) esa nueva modalidad de ejecución parece desprender del cuerpo y del fallo de la Sentencia. Esas nuevas tendencias en la ejecución de sentencias en materia de funcionarios parecen estar cuajando en algunas sentencias recientes de TS de 2006.

Es decir, en la realidad retrotraer las actuaciones al momento en que se produjo la irregularidad es en la práctica difícil. Como dice la STC 111/2003 los sujetos inicialmente nombrados no tienen en muchas ocasiones culpa alguna en lo ocurrido (18). Su nombramiento obedece a *negligencias ajenas*, en concreto de la Administración convocante de las plazas que diseñó mal la convocatoria, preparó equivocadamente las preguntas de las pruebas, valoró injustamente los méritos de determinados candidatos con la intención de perjudicarles pero sin el expreso deseo de favorecer a los finalmente vencedores (*que si son beneficiados es sólo como resultado del deseo de perjudicar a otros*), etc.

Ante esta situación lo realista es que se conceda una plaza a los sujetos injustamente excluidos si existe razón suficiente para entender que merecía una plaza. Por tanto, el juez debe declarar expresamente el derecho del candidato injustamente excluido a la citada plaza y la Administración, que debe ejecutar la sentencia condenatoria en sus justos términos, no lo olvidemos, debe arbitrar las medidas oportunas para dicho fin.

Hay que advertir que esto ya se venía pidiendo tradicionalmente por los candidatos en sus demandas pero, también tradicionalmente, veían su pretensión rechazada por la invocación de una doctrina legal consolidada: *la imposibilidad de sustituir el juicio técnico de la comisión o tribunal calificador por el del órgano jurisdiccional*. Esa imposibilidad está íntimamente anudada con el propio principio de reserva de jurisdicción y de división de poderes (y vamos a ver en el punto final de este trabajo un caso también reciente que confirma su vigencia).

Efectivamente, si se ha cometido una irregularidad eso no significa en muchos casos que se deba nombrar necesariamente funcionario al sujeto que la denunció. Habrá que ver en cada caso concreto si, subsanada aquélla, la consecuencia práctica, justa y lógica es que se nombre al denunciante. Ahora bien, la STC 111/2003 muestra a las claras que esto no tiene por qué ser siempre así. Insistimos, en ciertos casos puede existir una razón suficiente que justifique que

(18) No hablamos de aquellos supuestos en los que hay una clara connivencia entre algunos elegidos y las autoridades convocantes que encaja en supuestos delictivos de los que, vista la doctrina legal española, *afortunadamente el Reino de España está libre de esas prácticas*.

el juez ordene a la Administración que nombre al recurrente funcionario, con lo que la ejecución de la sentencia sólo podrá consistir en esta solución.

Ahora bien, ¿cuál o cuáles pueden ser esas razones? La jurisprudencia reciente nos muestra varios casos de gran interés.

## 2. La STS de 17 de febrero de 2006: auxiliares de Administración de Justicia. La ponderación de la nota de corte y los criterios del Tribunal para establecer el umbral de la selección

En primer lugar hay que citar un asunto de 17 de febrero de 2006 donde se justifica que el TS condene a una Administración que se nombre funcionario al recurrente cuando éste demuestra que hubiera ganado una plaza sin duda alguna si no se hubiese cometido la irregularidad denunciada por la Administración (19). Veamos los hechos para comprender mejor esta afirmación: Una opositora realizó, por el turno libre y en el ámbito territorial de Canarias, las pruebas selectivas convocadas por Orden de 17 de noviembre de 1997 para el ingreso en el *Cuerpo de Auxiliares de la Administración de Justicia* (20).

Esas pruebas comprendían dos ejercicios. Según la Base 9.1 de la Convocatoria, el primero consistía en contestar un cuestionario de cien preguntas, cada una de las cuales iba seguida de cuatro respuestas, de las que solo una era correcta. Se puntuaba de 0 a 100 puntos, asignándose un punto por acierto, restándose 0,33 puntos por cada error y no puntuando las preguntas no contestadas. Encomendaba, igualmente, la Base 9.1 al Tribunal Calificador único decidir, a la vista del número y nivel de conocimientos de los aspirantes presentados, cual habría de ser la puntuación mínima para superar este ejercicio en cada ámbito territorial. El segundo ejercicio consistía en reproducir mecanográficamente un texto o textos propuestos por el Tribunal, valorándose el número de pulsaciones y su ejecución correcta y penalizándose los errores y omisiones, así como el incumplimiento de las normas de realización del ejercicio. Precisaba la Base 9.2 que, a efectos de cómputo, 280 pulsaciones en má-

(19) Ver, STS de 17 de febrero de 2006, Recurso núm. 7912/2000, Ar.995.

(20) Los procedimientos selectivos para el ingreso en este Cuerpo, así como el de oficiales de la Administración de Justicia, han dado origen a una singular jurisprudencia de la que son expresión, entre otras, la STS de 8 de noviembre de 1990, la STS de 21 de enero de 2001 o la STS de 14 de octubre de 2003. En esta última, por la que se desestima el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Valencia de 16 de julio de 1999, se confirma el fallo de la sentencia de instancia, que reconocía como situación jurídica individualizada del recurrente, «su derecho a que se le tenga por superado el proceso selectivo de ingreso en el Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia, con la puntuación 15,39 y número 867, debiendo ser escalafonado con dicho número bis, detrás del opositor que corresponda por puntuación, con reconocimiento y efectividad de sus derechos económicos y administrativos, desde la fecha en que quedó resuelto definitivamente el proceso selectivo.»

quina electrónica equivalían a 250 en máquina normal. Se calificaría de 0 a 100 puntos, siendo la puntuación mínima para superarlo la equivalente a 280 pulsaciones netas deducidos los errores y efectuada la conversión máquina eléctrica/máquina manual. Antes de la realización del primer ejercicio el Tribunal anuló dos preguntas, de manera que la puntuación máxima posible en el mismo quedó en 98 puntos.

La opositora conforme a las reglas de la Base 9.1 obtuvo 84 puntos, pues contestó correctamente 87 preguntas, falló en 9 y dejó de responder a 2. Y en el segundo logró una puntuación de 77,60 puntos. En consecuencia, su calificación final fue de 161,60 puntos. No obstante, el Tribunal Calificador único, además de establecer en 78 la puntuación mínima necesaria para superar el primer ejercicio, resolvió aplicar una fórmula de transformación de la realmente obtenida en el mismo con el fin de que quedaran comprendidas en una escala que iba de 50 a 98 sustituyendo a la que iba de 78 a 98. Para ello consideró que 78 puntos equivalían a 50 y con arreglo a esa equivalencia convirtió todas las puntuaciones. De esa manera, los 84 puntos de la candidata pasaron a ser 65 y, sumados a los 77,60 puntos del segundo ejercicio, le dejaron fuera de la relación definitiva de aprobados. El resultado fue que, en lugar de los 161,60 puntos iniciales, se quedó con 142,60, es decir, una puntuación inferior a la de la última seleccionada para el ámbito territorial de Canarias, otra opositora que obtuvo 150,71 puntos.

Ante esa circunstancia, interpuso el recurso Contencioso-Administrativo. En su demanda, sostenía la infracción del artículo 15 del RD 364/1995, de 10 de marzo, y de la Orden de convocatoria porque el Tribunal Calificador único se había apartado de lo dispuesto en las Bases que la regían, sin modificarlas conforme a lo previsto en la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Modificación consistente en la aplicación de ese *factor de transformación* de las puntuaciones del primer ejercicio, desconocida por los concursantes hasta después de la realización de las pruebas, y distorsionante de los resultados obtenidos conforme a la aplicación de la Base 9.1. En efecto, la candidata ponía de manifiesto, mediante una tabla de resultados, que, si bien la equivalencia era plena con la puntuación inicial de 98, ese factor de transformación iba haciendo que la diferencia creciera gradualmente entre aquella y la finalmente adjudicada.

De esa forma, de una relación 98/98, se iba pasando a otras como 94/90, 92/85, 90/80, 88/75, 86/70, 84/65, 82/60, de manera que conforme disminuía la puntuación inicial iba aumentando progresivamente la diferencia entre ella y la transformada. En definitiva, esa operación no era inocua sino que alteraba sustancialmente el orden de los aprobados haciendo posible, como efectivamente sucedió, que aspirantes con una calificación global inferior a la de la recurrente la superasen en la nota final. Por todo ello, pidió la anulación de la resolución que aprobó la relación definitiva de aspirantes aprobados en tanto no

la incluía. O, subsidiariamente, que se anulara aquella resolución y se ordenara a la Administración a dictar una nueva en la que se la incluyera con la puntuación que le correspondía.

La Audiencia Nacional desestimó el recurso. En sus fundamentos, recuerda el criterio jurisprudencial uniforme de que las bases de la convocatoria de un concurso o pruebas selectivas constituyen la Ley a la que ha de sujetarse el procedimiento y resolución de los mismos, de tal manera que, una vez firmes y consentidas, vinculan por igual a los participantes y a la Administración, así como a los Tribunales y Comisiones encargados de la valoración de los méritos, no pudiéndose modificar sino de acuerdo con las previsiones establecidas en la Ley 30/92. Tal planteamiento tenía su reflejo normativo en el artículo 3 del RD 1411/1968, de 27 de junio, que aprobó el Reglamento General de Ingreso en la Administración Pública, y se plasmó en el artículo 13.4 y 5 del Reglamento aprobado por RD 364/1995, lo que supone que el procedimiento selectivo debe ajustarse a las previsiones contenidas en las bases. A partir de aquí, destacó que la Base 6.1 atribuía al Tribunal Calificador único la facultad de elaborar los criterios de valoración y que la base 9.1, tras señalar como habría de puntuarse el primer ejercicio, le encomendaba la fijación de la puntuación mínima para superarlo en cada ámbito territorial. De ello dedujo la Sala de la Audiencia Nacional que el proceder discutido se justificaba en las facultades que las bases atribuían al Tribunal Calificador y en «la obtención de un resultado justo y ponderado en el cómputo de los méritos y capacidad de los participantes». Además, afirmaba la sentencia que «por tratarse de una fórmula proporcional no supone alteración del orden de los aprobados en cada ejercicio y que a todos los participantes se les valora por igual, por lo que no existe discriminación entre los mismos».

La actora interpuso recurso de casación contra la Sentencia, fundado, básicamente en dos motivos: la vulneración del artículo 15 del RD 364/1995 y la Orden de convocatoria de las pruebas por haberse apartado la Administración de las Bases que las regían sin modificarlas con arreglo a lo previsto por la Ley 30/92. Explicó la recurrente, que el Tribunal Calificador Único, en contra de lo que decía la sentencia impugnada, fue más allá de lo que le autorizaba la base 9.1, excediéndose, por tanto, en su competencia para fijar la puntuación mínima en virtud de un informe de *Transformación de los Puntos* no publicado y desconocido por los aspirantes hasta después de la realización de las pruebas. Esa conversión, subraya, distorsionó y alteró las puntuaciones resultantes de la aplicación de la mencionada base con el resultado de verse excluida de la relación de aprobados en la que debería haber figurado (21).

(21) El Abogado del Estado, en el escrito de oposición consideró que la recurrente no había desvirtuado los argumentos expuestos por la sentencia y que lo único que pretendía era revisar en casación, lo que no era procedente, la valoración de las puntuaciones. Además, la valoración de

El problema principal de esta casación consistió en decidir si esa fórmula correctora que aplicó el Tribunal Calificador, fue discriminatoria y perjudicial para los recurrentes. Pues de haber sido así sería de apreciar la infracción del artículo 14 CE (22).

Considera el Alto Tribunal que debían analizarse las exigencias que tenía que haber cumplido esa *fórmula correctora aplicada como consecuencia de la anulación de dos preguntas*, para considerarla efectivamente igualitaria y rectamente ajustada a lo establecido en las bases de la convocatoria.

Es claro que la corrección había de mantener a los opositores al finalizar el primer ejercicio con el mismo orden que les hubiera correspondido según las puntuaciones reales, pero no bastaba solo con eso. Además de esto, era necesario que la nueva puntuación corregida del primer ejercicio tuviera sobre el resultado de la puntuación final la misma incidencia que habría tenido la puntuación real de ese ejercicio. Para el TS sólo si se confirma la observancia de esta segunda exigencia podrá aceptarse que se ha cumplido la proporción que las bases de la convocatoria querían que existiera entre la calificación de cada ejercicio y el resultado final del proceso selectivo.

Sin embargo, entiende que la polémica *fórmula correctora* no cumple con esa última exigencia que acaba de apuntarse. Su incidencia en el resultado final de la oposición es diferente al que hubieren obtenido las puntuaciones reales. Así, la puntuación mínima real de 78 se transforma en una puntuación corregida de 50, mientras que la puntuación real de 98 se convierte en 100; y lo que en una comparación global de ambos sistemas de calificación se observa es que las puntuaciones reales más bajas están mucho más distantes de sus equivalentes corregidas que lo están las puntuaciones reales más elevadas. Los datos parciales que figuran en el expediente así lo confirman. Por tanto, tienen razón los recurrentes de casación en que esa fórmula correctora no fue igualitaria.

Sentado ese juicio abstracto, el TS descende a comprobar si la aplicación de esa fórmula correctora, significó para ellos el perjuicio de haber quedado excluidos de la lista final de aspirantes seleccionados. Y así habrá sucedido si entre los seleccionados figura alguno de ellos que, de haberse computado la puntuación real y no la corregida, habría obtenido una puntuación total inferior a la que les habría correspondido a los recurrentes. Las actuaciones permiten demostrar que ese perjuicio efectivamente tuvo lugar. En la relación de-

los méritos era una función exclusiva del Tribunal Calificador único. Sobre los problemas de revisión de la valoración de puntuaciones, BLANQUER, *La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 81 y ss.

(22) Advierte el TS que el problema que plantea este recurso de casación ha sido resuelto ya por esta Sala y Sección en sus sentencias de 29 de junio (casación 6843/2001 RJ 2005, 6535) y de 15 y 22 de diciembre (casación 1595/2000 y 1445/2000) todas de 2005 y dictadas en relación con este mismo proceso selectivo.

finitiva de aspirantes que han superado las pruebas selectivas aparecen personas con una puntuación corregida para el primer ejercicio cuya puntuación real equivalente, de haber sido computada esta última y no la corregida, habría dado lugar a un total que sería inferior al que se acaba de reflejar para cualquiera de los tres recurrentes. La calificación del primer ejercicio de los recurrentes fue efectivamente discriminatoria y perjudicial para ellos, por lo que el TS acoge la violación del artículo 14 en relación con el artículo 23.2 CE que denuncian (23), por desigualdad en el tratamiento dado a los distintos concursantes como consecuencia de la aplicación de una *fórmula correctora* no prevista en las bases de la convocatoria que distorsionó los resultados a los que conducía el sistema de puntuación previsto por aquellas. La Administración no aplicó correctamente —antes al contrario, se salió de lo que preceptuaban— dichas bases, que eran en brocardo ya acuñado la *Ley del concurso* y en cuyo nombre se han desestimado todo género de impugnaciones de procesos selectivos o provisorios de personal (24).

Al actuar de esa forma asignó a la recurrente una calificación inferior a la que la correspondía, que estaba, además, por encima del mínimo exigido para superar las pruebas. Se ha producido, pues, la infracción denunciada y eso comporta la estimación del recurso de casación con la consiguiente anulación de la sentencia.

A la vista de estas razones, el TS estima parcialmente el recurso Contencioso-Administrativo, ordenando la anulación del acto impugnado (en tanto no la incluye, el reconocimiento de la puntuación que realmente obtuvo y, en consecuencia, declara que superó las pruebas, por lo que procede su nombramiento como Auxiliar de la Administración de Justicia) y reconociendo —como situación jurídica individualizada— el derecho de la recurrente a ser incluida en la relación de aprobados, de conformidad con los criterios establecidos en las bases, y a ser nombrada funcionaria del Cuerpo de Auxiliares de la Administración de Justicia con los efectos económicos y administrativos correspondientes.

Debemos señalar que este mandato judicial lo está ejecutando la Administración en la práctica entendiendo que corresponde al recurrente que ha demostrado la irregularidad un *número bis* dentro de la lista de los sujetos que han superado la oposición, rectificándose así la relación definitiva de aspirantes que han superado las pruebas selectivas (25). Por otra parte, hay que decir

(23) Así lo señaló el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones presentado en el proceso de instancia, y que en las actuaciones obra un informe del Defensor del Pueblo que también censura la aplicación de la fórmula correctora.

(24) Aun cuando se remontan al año 1995 son de enorme interés los apuntes de MARTÍNEZ DE PISÓN, *El régimen jurídico de la función pública y el derecho al cargo*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, págs. 265 y ss. sobre ese viejo tópico del «dogma de la *lex concursus*».

(25) Véase a título de ejemplo el BOE núm. 95, de 21 de abril de 2006, pág. 15358.



que esta solución parece la más realista desde el punto de vista práctico, pues, puede ser inviable, como hemos apuntado antes, ordenar retrotraer en el caso de una oposición donde se han presentado miles de candidatos y donde los que la ganaron (algunos de ellos indebidamente) pueden ya no estar ocupando los puestos originariamente adquiridos a los que han podido acceder terceros que ni siquiera llegaron a tomar parte el proceso selectivo declarado irregular. Es cierto que esto supone aceptar una cierta injusticia y desazón, pues, puede generar un coste adicional para las arcas públicas. (26) Suscita, además, otros problemas de orden presupuestario y legal que afectan a la propia configuración del proceso selectivo (*límite del artículo 16 del RGIPP, tasa de reposición, existencia de vacantes dotadas presupuestariamente, afección de otros derechos expectantes a la convocatoria o provisión de las plazas, etc.*). De ahí la dificultad de sentar unas reglas generales dado el «casuismo» y carácter *mudable* de los supuestos (27).

### 3. La selección de magistrados o jueces en régimen de provisión temporal

Este *juicio de razonabilidad* que implícitamente hace el TC en su sentencia 111/2003 ha sido aplicado también en otro caso del TS de octubre de 2006 (28), en relación con ese siempre peculiar procedimiento de selección y nombramiento de jueces o magistrados en régimen de provisión temporal (29).

(26) Indemnizaciones aparte, por el hecho de tener que dotar plazas para los candidatos injustamente excluidos. Esto puede ser artificial e ineficaz si no es necesaria esa plaza desde el punto de vista de la carga de trabajo existente en la Administración convocante. La solución a este problema puede pasar por esperar a dotar esas plazas en el momento en que se produzcan nuevas vacantes por excedencias o jubilaciones.

(27) La respuesta es más sencilla, por ejemplo, en aquellos casos en los que se han quedado desiertas o vacantes en un proceso selectivo o de provisión determinadas plazas, por lo que se puede ejecutar una sentencia estimatoria con mayor facilidad al no afectar a las situaciones administrativas del resto de los concursantes que han aprobado el proceso selectivo o al no verse alterado el *orden de prelación* de un procedimiento de provisión de puestos de trabajo.

(28) Ver, STS de 2 de octubre de 2006, Recurso nº 200/2003.

(29) En ese sentido es de enorme interés el FJ *Primero* y *Segundo* de la STS de 25 de mayo de 2005 (Ponente Sr. Maurandi Guillén) por el que se resuelve una genérica denuncia relativo al *carácter digital* de los nombramientos de jueces o magistrados sustitutos según lo dispuesto en los artículos 199 y 207 a 211 de la LOPJ y los artículos 131 y ss. del Reglamento 1/1995 de 7 de junio de la Carrera Judicial, modificado por el Acuerdo Reglamentario número 4/2001, de 6 de noviembre, Pleno del CGPJ, por el que se modifica el Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial, en lo relativo a Magistrados suplentes y Jueces sustitutos (BOE núm. 279, noviembre 2001), y completado por la Instrucción 1/2003, de 15 de enero, del Pleno del CGPJ, sobre *régimen de sustituciones, Magistrados suplentes y Jueces sustitutos*. Sobre estos jueces en provisión temporal, ESCALADA LÓPEZ *Sobre el juez ordinario predeterminado por la Ley*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 365-371. Se ha suscitado alguna cuestión relacionada con el régimen retributivo o asociativo de los mismos, al constituirse, o pretender constituirse en un «grupo de presión» que permitiera «consolidar el empleo» de una u otra manera. A este respecto, RUBIO

Es decir, el TS considera que no se debe ordenar retrotraer y que hay que razonablemente pensar que el sujeto, de haberse aplicado las normas del concurso u oposición, habría ganado, aunque esto no se pueda saber con un cien por cien de seguridad. Vamos a ver inmediatamente que para el TS este planteamiento *no supone infringir la discrecionalidad técnica* de la Administración (30).

En este asunto se interpuso un recurso contra el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 2 de julio de 2003 (Boletín Oficial del Estado núm. 163 de 9 de julio de 2003) en el que, por delegación del Pleno de dicho Consejo General, se resolvió concurso para la provisión de plazas de magistrado suplente y de juez sustituto en el año 2003/2004, entre otros, en la demarcación jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (31).

El recurso fue planteado por una candidata que había sido desde 1985 hasta 1991 fiscal sustituto de la Fiscalía de Cádiz 1991 y a partir de 1991 venía siendo nombrada juez sustituto de Arcos de la Frontera en sucesivas convocatorias. En la convocatoria del año judicial 2003/04, presentó solicitud referida a los Juzgados de Jerez de la Frontera, Chiclana de la Frontera, Arcos de la Frontera, Puerto Real, San Fernando y Cádiz. En la propuesta que la Sala de Gobierno del TSJ de Andalucía remitió al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) aparecen excluidos todos los solicitantes que, como la recurrente, habían solicitado una o varias, pero no todas, las plazas convocadas agrupadamente. De conformidad con esta propuesta de la Sala de Gobierno, el acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 2 de julio de 2003 (acto recurrido) excluyó el nombramiento de la recurrente. La demandante alegó que cuando

TORRANO, *Derecho de asociación de Magistrados suplentes y jueces sustitutos*, Aranzadi Civil, nº 1 (2003) págs. 1843-1844, y MARTÍN MARTÍN y SANGÜESA CABEZUDO, «El estatuto judicial», en MARTÍN MARTÍN y MARTÍNEZ TRISTÁN (Coord.), *Derecho judicial. Estatuto de Jueces y Magistrados*, Aranzadi, Pamplona-Iruña, 2003, págs. 51-53.

(30) Hay que diferenciar estos casos de aquellos en donde lo que se produjo fue un error en el planteamiento de la pregunta del test al existir dos respuestas correctas. En este caso debemos recordar que la jurisprudencia ha dado cobertura a la decisión de la Administración entendiendo que se aplica en estos casos la teoría de la discrecionalidad técnica. Así, por ejemplo, se puede citar la STS de 21 de enero de 1991 en el que se sostiene que los posibles errores en las respuestas a determinadas preguntas afectaron por igual a todos los opositores, por lo que no podía apreciarse arbitrariedad dirigida a discriminar a uno de ellos, y además, que «*aceptando la existencia del error en la respuesta estimada como correcta por alguna de las preguntas, no es posible aislar y examinar exclusivamente su existencia respecto de un determinado opositor, sólo en cuanto a él y sin tener en cuenta el acierto o error en la respuesta a las demás preguntas*» (FJ *Primero*). Sobre esta cuestión puede verse LÁZARO ALBA y GONZÁLEZ BOTIJA: «A vueltas con la discrecionalidad técnica en Oposiciones y Concursos: Jurisprudencia reciente y reflexiones críticas», REDA, núm. 127, pp.519 y ss.

(31) Una aproximación al régimen de estos acuerdos en DOMÍNGUEZ LUIS, *Poder judicial: actos de gobierno y su impugnación*, Iustel, 2006.



recabó información sobre las razones de su exclusión en el TSJ de Andalucía le indicaron que la Sala de Gobierno no había dado curso a su solicitud por estar formulada de manera incorrecta, consideración ésta que sigue el criterio establecido en unas instrucciones aprobadas por acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 4 de marzo de 2003 que prescribe, respecto de las plazas convocadas conjuntamente para varios partidos judiciales, que deben ser excluidos los aspirantes que únicamente soliciten una o varias, pero no todas, las convocadas agrupadamente.

La demandante sostuvo que la exclusión de su solicitud contravenía lo previsto en la base 10ª de la convocatoria (32) e infringía lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 30/92, tanto en lo procedimental como en lo sustantivo. Así, en el aspecto procedimental la demandante señaló que no fue requerida para que subsanase el defecto advertido en la solicitud, incumpléndose con ello lo previsto en el artículo 71 de la Ley 30/1992. En el plano sustantivo adujo, de un lado, que el criterio aplicado consistente en excluir las solicitudes que no comprendiesen todas las plazas ofrecidas de manera conjunta era contradictorio con otros apartados de esas mismas instrucciones aprobadas por acuerdo de la Comisión Permanente de 4 de marzo de 2003, en las que, entre otros extremos, se reiteraba la preferencia a favor de quienes hubieran sido nombrados en años judiciales anteriores para cargo judicial del respectivo te-

(32) La convocatoria realizada por acuerdo del Pleno del CGPJ de 28 de enero de 2003 (BOE núm. 27 de 31 de enero de 2003), establecía, entre otras, las siguientes bases: Las solicitudes se ajustarán necesariamente al modelo incluido en el anexo II, no siendo admisibles en caso contrario. Los nombramientos de Magistrado suplente podrán efectuarse para todos, varios o un solo orden jurisdiccional, entendiéndose que son nombrados para todos cuando no se realice ninguna especificación en su nombramiento. Los nombramientos de Juez sustituto podrán efectuarse para uno o varios partidos judiciales. Asimismo, los nombramientos de Juez sustituto podrán realizarse para todos, varios o un solo orden jurisdiccional, entendiéndose que son nombrados para todos los órdenes jurisdiccionales cuando no se contenga ninguna especificación en su nombramiento. Cuando se trate de localidades con un solo órgano jurisdiccional, los nombramientos de Juez sustituto se referirán a un Juzgado determinado. Cuando se trate de localidades con dos o más órganos jurisdiccionales no especializados, los nombramientos vendrán referidos a la localidad. En los supuestos de localidades con órganos judiciales especializados y no especializados, los nombramientos podrán venir referidos a la localidad o a Juzgado o Juzgados determinados, según que aquéllos se hayan efectuado para todos o para uno o varios órdenes jurisdiccionales». En el Anexo-I de la convocatoria se enumeraban las plazas convocadas para cada Tribunal Superior de Justicia, ofreciendo separadamente, de un lado, las plazas de magistrado suplente convocadas para cada una de las distintas Salas y Audiencias Provinciales, y, de otra parte, las referidas a jueces sustitutos. En cuanto a las plazas de jueces sustitutos, en la convocatoria aparecen agrupados todos los partidos judiciales de cada provincia, incluida la capital, ofertándose un número global de plazas para todos ellos sin asignación o reserva específica de plazas para cada localidad ni para cada orden jurisdiccional. Así, en la caso de la provincia de Cádiz la oferta de plazas de jueces sustitutos era la siguiente: «(...) Cádiz, Algeciras, Arcos de la Frontera, Barbate, Chiclana de la Frontera, El Puerto de Santa María, Jerez de la Frontera, La Línea de la Concepción, Puerto Real, Rota, San Fernando, San, Sanlúcar de Barrameda, Ubrique (Cádiz): Quince plazas».

ritorio y se insistía en la necesidad de que «... las propuestas de las Salas de Gobierno se efectúen motivadamente y con sujeción a lo dispuesto en los artículos 152.1.5º, 200, 201, 212.2 de la LOPJ, del Poder judicial, haciendo mención a la inclusión en la propuesta a los concursantes nombrados en años judiciales precedentes...». Por otra parte, señalaba la demandante, que en las bases de la convocatoria, y en particular en la base 10ª, no se establecía la obligatoriedad de solicitar todas las plazas de la provincia. Ello se demostraba por contraste con lo sucedido en la convocatoria siguiente, es decir, el concurso público convocado por acuerdo del Pleno del CGPJ de 28 de enero de 2004 para cubrir las plazas de magistrados suplentes y jueces sustitutos para el año judicial 2004/2005, en cuyas bases sí se incluía un apartado donde claramente se establecía que «... las plazas convocadas conjuntamente para varios partidos judiciales no podrán ser solicitadas separadamente sino agrupadas tal y como figura en el Anexo-I». Según la demandante, esta expresa advertencia contenida en la convocatoria para el año 2004/2005 era una clara rectificación con respecto a lo sucedido en la convocatoria del año judicial 2003/2004 y venía a corroborar que el acuerdo recurrido era contrario a derecho (33).

El TS va a admitir el recurso en su integridad, aceptando los planteamientos de la recurrente (34). Aquí nos interesa detenernos especialmente en la pe-

(33) Frente a las razones aducidas por la demandante la Abogacía del Estado señaló que en la convocatoria realizada por acuerdo del Pleno de 28 de enero de 2003 (BOE de 31 de enero de 2003) las plazas de juez sustituto no se anunciaban para localidades o partidos judiciales determinados, sino que éstos aparecían agrupados de manera que se convocaba un determinado número de plazas para la agrupación en su conjunto (en el caso de la provincia de Cádiz se convocaban 15 plazas para 14 localidades agrupadas), y esta modalidad de convocatoria conjunta de plazas para agrupaciones de partidos judiciales es una posibilidad expresamente prevista en el artículo 143.5 del Reglamento de la Carrera Judicial (RCL 1995, 2073 y RCL 1996, 568) y luego reiterada en el punto 2 del apartado segundo de la Instrucción 1/2003, de 15 de enero (RCL 2003, 234), del Pleno del CGPJ, sobre régimen de sustituciones, magistrados suplentes y jueces sustitutos (publicado en el BOE de 25 de enero de 2003). Y en cuanto al defecto procedimental alegado sobre la falta de requerimiento para subsanación, el Abogado del Estado alegó que la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia concedió un plazo de subsanación a aquellos interesados cuyas solicitudes presentaban omisiones o defectos formales, lo que no era el caso de la actora, pues la solicitud de éstas cumplía los requisitos mínimos del artículo 70 de la Ley 30/1992, sin perjuicio de que tales requisitos no permitieran obtener el nombramiento. Por otra parte, la Abogacía del Estado destacó que la demandante no sólo pedía que se declarase la nulidad del acuerdo impugnado sino que se reconociese su derecho a ser nombrada, pretensión que no estaba suficientemente fundamentada por el hecho de haber ejercido con anterioridad funciones jurisdiccionales, pues este criterio de preferencia previsto en el artículo 201.3 de la LOPJ aparecía articulado con cierta flexibilidad, que confiere al CGPJ un espacio de discrecionalidad técnica que no puede ser sustituida por esta Sala.

(34) Para el TS es cierto que la base 10ª de la convocatoria dejaba expresamente indicado que los nombramientos de Juez sustituto podrán efectuarse para uno o varios partidos judiciales, y, también, para todos, varios o un solo orden jurisdiccional, indicando además la misma base 10ª que habrían de entenderse nombrados para todos los órdenes jurisdiccionales cuando en su nom-

bramiento no se contuviese ninguna especificación. Pero esas indicaciones de la convocatoria no hacían sino reiterar lo establecido en el artículo 143.5 del Reglamento de la Carrera Judicial (Reglamento 1/1995 aprobado por acuerdo del Pleno del CGPJ de 7 de junio de 1995 (RCL 1995, 2073 y RCL 1996, 568), sin que en la mencionada base 10ª ni en cualquier otro apartado de las bases de la convocatoria se dejase establecido de manera clara e inequívoca cual de esas posibilidades que ofrece el precepto reglamentario es la que se adoptaba para el concurso correspondiente al año 2003/04. El hecho de que en el Anexo-I de la convocatoria las plazas de juez sustituto ofertadas apareciesen agrupadas por provincias podía acaso interpretarse en el sentido que apuntaba la Administración demandada, esto es, que se ofrecía un número global de plazas para todos los juzgados de la provincia y no para partidos judiciales ni para órdenes judiciales determinados de manera que hubiese que solicitar de forma global todas las plazas de la provincia. Por tanto, y aunque no se decía de manera explícita, podría entenderse que ese Anexo-I, considerado aisladamente, albergaba la voluntad de ofertar las plazas en la forma que señala la Abogacía del Estado. Pero hemos visto que la base 10ª de la misma convocatoria, reiterando lo dispuesto en el artículo 143.3 del Reglamento de la Carrera Judicial, dejaba indicada la existencia de varias posibilidades o alternativas, sin especificar que este caso se hubiese acogido una de ellas con exclusión de las restantes. Y, sobre todo, en las bases de la convocatoria no se explicaba que serían rechazadas las solicitudes que no se acomodasen a aquella modalidad en la oferta de las plazas a la que por vía de interpretación, que no de manera explícita, parecía apuntar el Anexo-I de la convocatoria. A los efectos que aquí interesan poco o nada aporta la disposición contenida en el apartado segundo.2 de la Instrucción 1/2003, de 15 de enero (RCL 2003, 234), del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre régimen de sustituciones, magistrados suplentes y jueces sustitutos (publicada en el BOE de 25 de enero de 2003), pues allí solo «se recuerda a las Salas de Gobierno» la conveniencia de que hagan uso de la posibilidad que ofrece el Reglamento de la Carrera Judicial de fijar el número de jueces sustitutos no para concretos órganos judiciales sino para un ámbito territorial provincial, supraprovincial o autonómico. Este recordatorio dirigido con carácter general a las Salas de Gobierno nada aclara sobre los concretos términos en que se produjo la convocatoria aprobada por el Consejo General del Poder Judicial para el año 2003/2004. Con posterioridad a la publicación de esa convocatoria en el Boletín Oficial del Estado de 31 de enero de 2003 la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por acuerdo de 4 de marzo de 2003, aprobó unas «Instrucciones» a las que habrían de sujetarse las propuestas de las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia sobre nombramientos de magistrados suplentes y eméritos y jueces sustitutos para el año 2003/2004. Esas instrucciones aprobadas en marzo de 2003 sí venían específicamente referidas al concurso convocado para el año 2003/04; y en ellas se establece «aquí sí, de manera expresa y clara» que respecto de las plazas convocadas conjuntamente para varios partidos judiciales deben ser excluidos los aspirantes que únicamente soliciten una o varias, pero no todas, las convocadas agrupadamente. Pero no cabía reprochar a la demandante el no haber observado esta indicación, pues la aprobación de tales instrucciones era posterior a la convocatoria y posterior también a la conclusión del plazo de presentación de solicitudes. Además, no había indicio de que esas instrucciones aprobadas por acuerdo de la Comisión Permanente de 4 de marzo de 2003 fuesen objeto de publicación. En la convocatoria del año siguiente concurso para cubrir las plazas de magistrados suplentes y jueces sustitutos para el año judicial 2004/2005 se añadió a las bases un apartado donde expresamente se indicaba que las plazas convocadas conjuntamente para varios partidos judiciales no podrían ser solicitadas separadamente sino agrupadas tal y como figuraban en el Anexo. La ausencia de una indicación equivalente en las bases de la convocatoria para el año 2003/2004, unido al hecho de que se rechazase la instancia del demandante sin haberle siquiera requerido para que subsanase la solicitud que se consideraba defectuosa, lleva al TS a considerar que la exclusión de la Sra. Juana era contraria a derecho por no guardar correspondencia con los términos de la convocatoria y porque, siendo ésta confusa, no se dio a la interesada la posibilidad de acomodar su solicitud a los términos que el CGPJ consideraba adecuados.

ción de la recurrente de que se anulase el acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 2 de julio de 2003 (BOE núm. 163 de 9 de julio de 2003) que excluyó el nombramiento de la demandante, reconociendo su derecho a haber sido nombrada juez sustituto en año 2003/2004 para las plazas de los juzgados que en su día solicitó. Con este reconocimiento no se está quebrantando el ámbito de discrecionalidad técnica que corresponde a los órganos de gobierno del poder judicial para la propuesta y nombramiento de magistrados suplentes y jueces sustitutos. Sucede, sencillamente, que una vez rechazada la virtualidad del motivo por el que la Sala de Gobierno excluyó la solicitud de la demandante, no hay constancia de ninguna otra razón que impidiese su nombramiento, y, en cambio, operaba a favor de la recurrente una circunstancia, la de haber desempeñado el cargo de juez sustituto en años anteriores, que en la regulación aprobada por el propio CGPJ se configura como destacado mérito preferente. (35) Pues bien, concurriendo en la demandante ese mérito preferente, y habiendo quedado desvirtuadas las razones que al parecer determinaron la exclusión de su solicitud, el TS entiende que procede reconocer el derecho de la recurrente a haber sido nombrada juez sustituto para el año 2003/2004 y para las plazas de los juzgados que en su día solicitó, sin que este reconocimiento suponga ningún quebrantamiento del ámbito de discrecionalidad técnica que corresponde a los órganos de gobierno del poder judicial.

Como, aparte de su declaración formal, el reconocimiento de ese derecho a ser nombrada juez sustituto no puede ya materializarse en sus propios términos, por haber expirado el año judicial 2003/04 al que venía referida la convocatoria, debe reconocerse aquí el derecho de la demandante a una indemnización compensatoria por los perjuicios derivados de su indebida exclusión. Aparte del lucro cesante por no haber sido nombrada, nada se ha acreditado ni alegado siquiera acerca de otros posibles daños y perjuicios. Por ello, y no disponiendo de otros criterios o bases de referencia útiles para cuantificar la indemnización, el TS considera que ésta debe ser igual al montante de los honorarios que hubiese percibido la Sra. Juana como juez sustituto en el año judicial inmediatamente anterior al de la convocatoria a que se refiere el presente litigio.

Obsérvese que al final el TS reconoce el derecho a una indemnización sustitutoria ya que, obviamente, era imposible que la candidata accediese a

(35) Como establece el artículo 132.2 del Reglamento 1/1995 de 7 de junio, de la Carrera Judicial. La virtualidad de ese mérito preferente opera hasta el punto de que, según aquellas instrucciones que el Consejo General dirigió a las Salas de Gobierno con relación a la convocatoria para el año judicial 2003/04, a los candidatos que hubiesen sido nombrados en años judiciales precedentes no solo se les exime de la entrevista previa a la propuesta, que se requiere a los demás candidatos, sino que, además, en las mismas instrucciones se indica que «... será objeto de motivación específica la exclusión de los candidatos nombrados para año o años anteriores en el ámbito del respectivo Tribunal Superior de Justicia» según rezan las Instrucciones aprobadas por acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 4 de marzo de 2003, último inciso del párrafo séptimo.

una plaza que tenía un carácter temporal. Sin embargo, esto no le impide reconocer su derecho a esa plaza en primer lugar. Hay que advertir que en el caso de que no hubiese sido razonable pensar, como en este caso, que el candidato injustamente excluido hubiera ganado la plaza, lo lógico es estimar que sólo se debe tener derecho a una indemnización que compense el coste de la oportunidad perdida por el sujeto al no poder llegar a participar en la oposición o concurso (36).

#### 4. La STS de junio de 2006: Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria

Por último, debemos hacer referencia a una sentencia del TS de junio de 2006 (37) que apuntala la idea esgrimida por el TC en la sentencia 111/2003 al hacer referencia a la imposibilidad de retrotraer por poderse afectar derechos de terceros que no han sido parte en el recurso. En este caso, una candidata a una plaza de profesora de francés (la Sra Concepción), tras superar las pruebas selectivas convocadas al efecto, fue nombrada por Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 2 de agosto de 1993 funcionaria en prácticas y por Orden de 22 de noviembre de 1994 funcionaria de carrera del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, en la especialidad de Francés. Tras su nombramiento prestó sus servicios en varios centros de enseñanza de Extremadura. En 1996 decidió participar, en cuanto funcionaria de carrera, en el proceso selectivo convocado por Orden de 28 de febrero de ese año para la adquisición de una nueva especialidad. Proceso que superó, obteniendo la de Lengua Castellana y Literatura por Orden de 24 de septiembre de 1996 y destino definitivo en Mérida. El 21 de noviembre de 1996 le fue notificada la Sentencia de la Audiencia Nacional del día 5 de ese mismo mes y año. En ella se estimaba el recurso Contencioso-Administrativo 1620/1994 que otra candidata había interpuesto contra la Orden de 1993 que hizo pública la relación de aspirantes que superaron el procedimiento selectivo de 1993 y anulándola se disponía la reposición de las actuaciones al momento de la evaluación de la experiencia docente. Se trataba de que se efectuara de nuevo, valorando en ella los méritos de la Sra. Concepción correspondientes a la enseñanza que impartió en el Centro Municipal de Bachillerato del Ayuntamiento de Montánchez considerando a este como centro privado. La Sentencia explicaba que dicho establecimiento educativo no reunía los requisitos necesarios para tener la consideración de público a los efectos de la aplicación del baremo de la con-

(36) Cabe citar a este respecto una sentencia del TSJ de Aragón donde el Tribunal reconoce una indemnización de 251.000 pts (1000 por derechos de examen y 250.000 por los perjuicios ocasionados) a un candidato que, debido a una arbitrariedad reconocida en el juicio, no pudo participar en el primer ejercicio de unas pruebas para el Cuerpo Auxiliar de la CA de Aragón.

(37) Ver, STS de 12 de junio de 2006, Recurso nº 5290/2000, Ar.3366.

vocatoria. Pues bien, valorada la experiencia de la Sra. Concepción nuevamente, en lugar de recibir los puntos que le fueron adjudicados anteriormente, cuando se consideró como público el Centro Municipal, mereció solamente 1. De esta manera, pasó de una puntuación total de 14, 9320 a 10, 3070, insuficiente para superar el proceso selectivo.

En ejecución de la Sentencia el Ministerio de Educación y Ciencia dictó la Orden de 22 de julio de 1997 que anuló, en primer lugar, la inclusión de la Sra. Concepción en la Orden de 2 de agosto de 1993 que hizo pública la lista de aspirantes seleccionados en los procedimientos selectivos convocados por Orden de 22 de febrero de 1993 y, en segundo lugar, la Orden de 22 de noviembre de 1994 por la que fue nombrada funcionaria de carrera. A lo que añadía lo siguiente: «*perdiendo todos los derechos que pudiera haber adquirido como consecuencia de este nombramiento*». Contra esta Orden de 22 de julio de 1997 interpuso la Sra. Concepción recurso Contencioso-Administrativo. Se dirigió, concretamente, contra la parte de ella que acordaba la pérdida de todos los derechos que como funcionaria pudiera haber adquirido. A juicio de la recurrente, llevar la anulación más allá de la Orden de 22 de noviembre de 1994 por la que fue nombrada funcionaria de carrera era contrario al ordenamiento jurídico.

La Sentencia de la Audiencia Nacional desestimó el recurso Contencioso-Administrativo por entender que la Orden de 22 de julio de 1997 dio puntual cumplimiento a la Sentencia dictada en el recurso 1620/1994 y que la pérdida de la condición de funcionario de carrera determinaba la carencia de un requisito necesario para participar en el proceso de adquisición de una nueva especialidad. Por tanto, aun siendo distintos los procedimientos, existía una relación entre ellos, la pérdida de la condición funcional, que justificaba lo acordado por la Administración.

La Sra Concepción recurrió contra esta sentencia ante el TS, pidiendo la anulación de la Orden impugnada en el extremo que implicaba la negación del reconocimiento de su derecho a ser nombrada funcionaria del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria en la especialidad que obtuvo en 1996, con efectos desde la fecha en que la adquirió y, subsidiariamente, ser indemnizada como reparación de los perjuicios que le habían causado errores de la Administración a consecuencia de los cuales se había visto privada de una plaza legítimamente obtenida. Este Tribunal va a aceptar su argumento de que el proceder de la Administración había sido contrario a los principios de buena fe y confianza legítima que habían de presidir sus relaciones con los administrados y que limitaban las facultades de revisión (artículo 106) (38).

(38) Hay que advertir que la recurrente ante la Audiencia Nacional había también invocado el principio de conservación de los actos válidos, la improcedencia de comunicar la nulidad a actos surgidos de procedimientos distintos, la conversión de los actos viciados, que, junto a la equidad, se erigen en límites a la facultad de revisión de la Administración. Es decir, alegó diver-

Comienza el Alto Tribunal recordando su doctrina sobre el principio de la confianza legítima. Apunta el TS que la reforma de 1999 de la Ley 30/1992 introdujo en su artículo 3.1, junto al principio de buena fe, el de confianza legítima. Según explica la exposición de motivos de la citada Ley 4/1999, que operó esas y otras modificaciones en aquella, ambos principios derivan del de seguridad jurídica. El primero, recuerda, ya era aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa, incluso, antes de su recepción por el Título Preliminar del Código Civil. Mientras que el segundo, observa, «bien conocido en el derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia Contencioso-Administrativa» implica la confianza de los ciudadanos «en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente». Son todos ellos principios de los que emanan límites que circunscriben la actuación de la Administración. Alguno lo formula expresamente la CE, como ocurre con la seguridad jurídica, en su artículo 9.3. Los demás resultan de ésta y de otros principios que, también los comprenden, como sucede con el de interdicción de la arbitrariedad proclamado en ese mismo precepto. Y, en supuestos como el que nos ocupa, acompañan a los que enuncia en el artículo 103 el texto fundamental. Principios que han de ser respetados todos ellos por

los preceptos de la ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: artículos 66, 64, 65 y 106, respectivamente. Explicó la recurrente que estos actos gozan de presunción de validez (artículos 56 y 94, siempre del mismo texto legal), que la nulidad o anulabilidad de uno no implica necesariamente la de los sucesivos (artículo 64) y que estas reglas han de aplicarse con mucho más cuidado cuando se trata de procedimientos diferentes, como había sucedido aquí. Llamaba la atención, además, sobre la circunstancia de que, no refiriéndose la Sentencia en cuya ejecución se dictó la Orden recurrida más que a la especialidad de Francés, la Administración había extendido indebidamente la anulación a actos posteriores que no tenían que verse afectados, pues eran conformes al ordenamiento jurídico. En efecto, subrayó que en ellos no se advertían causas de nulidad (artículo 62), ni de anulabilidad (artículo 63), ni perjudicaban a la parte beneficiada por la ejecución de Sentencia sino solamente a ella. Además, apuntaba la Sra. Concepción la infracción del principio de conversión de los actos administrativos del artículo 65 de la Ley 30/1992 por no dar validez la Sentencia a su nombramiento como Profesora de Enseñanza Secundaria en la especialidad de Lengua Castellana y Literatura, lograda en un nuevo proceso selectivo cuya legalidad no se ha cuestionado. Cuestión ésta, observa, sumamente próxima al principio de incommunicación de la invalidez de los actos administrativos. A su entender, «resulta lógico pensar que la ejecución de la sentencia debería haber validado el acto de nombramiento» en esta especialidad desde el momento en que se produjo su adquisición. Al no haberlo hecho así, concluye, se habla «vulnerado el principio de conversión de los actos administrativos en claro perjuicio de la demandante, única víctima y máxima perjudicada de la actuación de la Administración». A todo ello, añadió la invocación del principio según el cual «nadie puede beneficiarse de sus propios yerros», que ve consagrado por el artículo 115, siempre de la Ley 30/92, ya que la situación en la que se encuentra la recurrente era única y exclusivamente consecuencia del mal hacer de la Administración. Sobre el tema de la nulidad y anulabilidad pueden consultarse los siguientes trabajos de la profesora BELADÍEZ ROJO, M.: «Validez y eficacia de los actos administrativos», Ed. Marcial Pons, 1994, «La nulidad y la anulabilidad: su alcance y significación», RAP, n° 133, 1994, pp.155-188 y «Los vicios de los actos urbanísticos y su revisión», RAP, n° 138, 1995, pp.143-182.

los poderes públicos y que son susceptibles de fundar las resoluciones judiciales que los Tribunales de esta Jurisdicción dictan al controlar la legalidad de esa actuación administrativa y su sometimiento a los fines que la justifican. Son numerosas las Sentencias de esta Sala que han explicado el alcance del principio de protección de la confianza legítima (39). En todas ellas se hace explícita la idea de que ese principio, que combina elementos de la doctrina de los actos propios, de la buena fe y de la misma seguridad jurídica, se alza contra actuaciones de la Administración incoherentes con las que ha mantenido con anterioridad en relación con un particular —que ha obrado conforme a Derecho y a lo resuelto por aquélla— y determinantes de un perjuicio para este que no debe soportar. Principio que puede comportar, entre sus efectos, la invalidez de esos actos, la conservación de otros que, de no mediar la confianza legítima, deberían desaparecer o la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Aplicando esta doctrina al caso litigioso el TS entiende que su consideración debe conducir a una solución distinta de la seguida por el Ministerio de Educación y Ciencia al ejecutar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 1996 ya que, si bien procedía anular el nombramiento de aquélla, subsiguiente al proceso selectivo de 1993 y proceder a la valoración de sus méritos en el sentido indicado por esa Sentencia, la Orden de ejecución no debió incluir un pronunciamiento dirigido a privar a la ahora recurrente de todo derecho que hubiera podido adquirir como funcionaria y, en consecuencia, de su nombramiento como profesora de Lengua Castellana y Literatura, por cuanto ya se ha dicho.

Para llegar a esta conclusión el TS tiene en cuenta lo siguiente (40):

1º) que superó en 1993 unas pruebas selectivas para acceder a la función pública en el Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, en la especialidad de Francés, después de acreditar su capacidad para ello, además de haber justificado el cumplimiento de todos los requisitos exigidos;

(39) Citando, como las más recientes, las de 6 de octubre [casación 31/2003 [RJ 2005, 8762]], 27 de abril [casación 7362/2002 [RJ 2005, 4556]] y 15 de abril [casación 2900/2002 [RJ 2005, 3441]], todas de 2005. Y, también, las de 16 de mayo de 2000 [casación 7217/1995 [RJ 2000, 5487]] y 17 de febrero de 1999 [casación 3440/1993 [RJ 1999, 1815]].

(40) Antes va a reconocer la primera pretensión de la demandante al estimar que la Sentencia es ciertamente incongruente y, por tanto, se debe anular. En la demanda la accionante pedía el resarcimiento de los perjuicios que había sufrido como consecuencia de los errores de la Administración para el caso de que no fueran acogidas sus pretensiones principales. Por otra parte, la propia Sentencia dejó constancia de la petición de una indemnización que, con carácter subsidiario, se formulaba en la demanda. Sin embargo, después no vuelve a hacer referencia alguna a ella. Y lo cierto es que debía haberle dado respuesta ya que, desde el momento en que la Sala de instancia resuelve rechazar las pretensiones principales de la recurrente, pasó a primer plano la secundaria. Y este silencio no puede considerarse salvado tácitamente porque ningún indicio ofrece la Sentencia para entender que, aún implícitamente, también estaba considerando esta cuestión.

2º) que la afectada reunía todos los requisitos para participar en la convocatoria de 1996, siendo admitida a ella para el turno de adquisición de nuevas especialidades. Nuevamente superó el proceso selectivo de 1996, demostrando así su capacidad, que incluía una fase de oposición en la que debía contestar a un tema del programa elegido entre seis extraídos por sorteo, adquiriendo la especialidad de Lengua Castellana y Literatura. A este respecto, el TS subraya que la concursante fue admitida al proceso selectivo en que logró la citada especialidad sin que por la Administración, desde luego conocedora de la pendencia de un recurso que afectaba a su nombramiento como funcionaria, hiciera en ningún momento salvedad o reserva alguna de su participación. Y lo mismo hay que decir de la Orden de 24 de septiembre que procede a reconocerle dicha especialidad.

3º) que, por haber adquirido la condición de funcionaria (la misma Administración defendió la legalidad del acceso de la actora a la función pública antes de 1996), antes de la Sentencia de 5 de noviembre de 1996, la recurrente no pudo participar a través del turno libre en los procesos selectivos para acceder el Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria que se convocaron en los años 1994 y 1995 y que en el de 1996 tampoco pudo hacerlo;

4º) que al acceder a la función pública —y por esa razón— renunció al contrato de profesora del Centro Municipal de Bachillerato de Montánchez y expiró su relación con la Universidad de Extremadura de la que era contratada laboral en excedencia;

A la vista de estos hechos el TS concluye que la actuación de la Administración (en concreto la Orden de 22 de julio de 1997, en tanto que privaba a la recurrente de todo derecho que como funcionaria le hubiere podido corresponder, y el consiguiente reconocimiento del derecho de la Sra. Concepción a ser Profesora de Enseñanza Secundaria en la especialidad de Lengua Castellana y Literatura), no se ajustó a las exigencias derivadas del principio de la protección de la confianza legítima, pues desconocía cuál había sido el proceder de la propia Administración. El TS estima, por tanto, que la recurrente, (pese a reunir todos los requisitos requeridos por las Ordenes de convocatoria y haber acreditado su capacidad para acceder a la función pública y para lograr una nueva especialidad superando varias pruebas selectivas, ajustando su conducta a los actos de la Administración), como consecuencia exclusiva del proceder administrativo se vio privada de todo derecho por una Orden que se contentaba en aplicar de una manera formalista las consecuencias de la nueva valoración de los méritos docentes correspondientes a las pruebas de 1993, desprecupándose de lo demás. El Tribunal reconoce que a la recurrente no sólo no se le podía imputar la causa de lo sucedido, sino que la incorrección en la actuación administrativa, no provocada por ella, le deparó al final el perjuicio de privarle de la plaza adquirida en 1996. Por tanto, el TS concluye que debía

anularse el acto administrativo por el que se privó a la Sra Concepción de su segunda plaza obtenida en 1996, en tanto que dicho proceder suponía descargar sobre ella los efectos negativos de dicha actuación administrativa. Por consiguiente, el TS estima que debía ser nombrada funcionaria profesora la especialidad de Lengua Castellana y Literatura con efectos desde la fecha en que adquirió esa especialidad.

Interesa destacar a la vista de lo establecido en este asunto que hay que interpretar, a sensu contrario, que cuando la persona titular de la plaza que se pretende revocar para repetir el concurso o la oposición no puede esgrimir una confianza legítima en su mantenimiento entonces la revocación es plenamente posible. Este sería el caso cuando la irregularidad ocurrida en el concurso se ha cometido no por la Administración sino por el candidato injustamente vencedor que detenta la plaza. Por ejemplo, porque haya falsificado un certificado para esgrimir un mérito que no detenta (un curso, un master, etc). Nadie puede confiar en mantener una situación ilegal creada por él mismo. Por tanto, es lógico y justo que se revoque el nombramiento indebidamente realizado y se saque de nuevo a concurso u oposición la plaza originaria. Ahora bien, puede haber ocurrido que este sujeto, que no debe tener derecho a invocar confianza legítima alguna, haya pasado a ocupar otra plaza distinta (como es el caso de la sentencia examinada) pero la plaza anterior haya sido ocupada por un tercero por otro concurso u oposición convocada y ejecutada durante el tiempo en que se sustanciaba el proceso (lo cual no es raro dado el retraso en dictarse sentencia). En este supuesto creemos que igualmente se debe revocar el nombramiento en ese nuevo puesto al que se accede desde la plaza injustamente ocupada en un principio por el mismo motivo, es decir, la imposibilidad de esgrimir confianza legítima. Ahora bien, en el caso del tercero que ha accedido a esa plaza originaria (que sirvió al infractor para promocionar a puestos superiores) puede decirse, parafraseando al TC en su sentencia 111/2003, que una anulación de su nombramiento vendría a incidir en la esfera jurídica de quienes no han sido parte en el proceso. Esos sujetos sí deberían poder esgrimir su confianza legítima en el mantenimiento de su plaza y, por ende, la ejecución de una sentencia condenatoria para la Administración debería respetar siempre esa confianza.

##### 5. El caso de las plazas del Personal Operativo de Guías Caninos de la Policía

Cabe también citar una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de julio de 2005 (41). En este asunto se juzgaba un caso en donde el

(41) Ver, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo contencioso administrativo, Sección séptima. 01114/2005 Recurso Nº 1267/2003. Ponente: Sr. Santiago de Andrés Fuentes.

recurrente pretendía que se declarase su derecho a obtener una de las tres vacantes convocadas por Concurso Específico de Méritos número 140/2.000 para la Unidad de Guías Caninos de la Jefatura Superior de Policía de Sevilla. El recurrente había sido excluido del concurso porque ocupaba precisamente una plaza de contenido idéntico a las que se convocaban. Sin embargo, decidió recurrir esta decisión porque el puesto que detentaba lo era por libre designación, por lo que no tenía ninguna garantía de estabilidad en él, a diferencia de si hubiese obtenido una de las plazas convocadas. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid no sólo va a darle la razón en cuanto al hecho de que fue injustamente excluido del concurso, sino que ha decidido estimar íntegramente la pretensión actora en virtud de la cual reivindicaba el derecho a que se le reconociese una plaza de las características de las convocadas. Así, el Tribunal razona que, aunque el Concurso Específico de Méritos de referencia hubiera exigido por parte de la Administración la valoración de los méritos aducidos por el actor y que no lo fueron al ser indebidamente excluida su solicitud de participación en el mismo, no era menos verdad que para esta valoración de méritos la Base Ocho de la Convocatoria establecía una serie de elementos reglados, es decir que no dependían de valoración discrecional alguna. A la vista de esos elementos reglados que detecta el Tribunal considera que de los méritos acreditados en el Expediente Administrativo por la documentación que aportó, en su día, el recurrente, se puede afirmar, sin temor al equívoco, que el mismo tenía una puntuación superior a seis puntos de baremo, puntuación que fue la más alta de los tres funcionarios que resultaron adjudicatarios de una de las plazas que solicitó cubrir el recurrente. Por ello, y en aras a una aplicación adecuada del principio de economía procesal, el Tribunal madrileño, tras anular la resolución recurrida, estima que en este caso procede declarar el derecho del actor a que se le adjudique la plaza que indebidamente no se le otorgó en la resolución de la Dirección General de la Policía, de fecha 3 de Octubre de 2.000 y publicada en la Orden General nº 1.273 de 30 de Octubre próximo siguiente, por la que se resuelve parcialmente el Concurso Específico de Méritos número 140/2.000, para la provisión de puestos de trabajo de Personal Operativo de Guías Caninos en la Brigada Provincial de Seguridad Ciudadana de Sevilla, convocadas por Concurso Específico de Méritos número 140/2.000, con la misma antigüedad y resto de efectos económicos y administrativos que los obtenidos por quienes resultaron adjudicatarios de las otras plazas convocadas en el indicado Concurso Específico de Méritos.

### III. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE EJECUTAR UNA SENTENCIA EN MATERIA DE EMPLEO PÚBLICO (LA UNIVERSIDAD ESPAÑOLA: LA CÁTEDRA DE DERECHO ROMANO. OTRO EFECTO DISTORSIONANTE: LA JUBILACIÓN SOBREVENIDA DE LOS RECURRENTES)

Lo que acabamos de estudiar no debe llevar a la conclusión de que la retroacción al momento en que se ha producido una irregularidad haya dejado de ser una forma posible de ejecutar este tipo de sentencias. Vamos a ver inmediatamente que esto no es así y que, además, el TC ha venido a reforzar esta forma de ejecución en un reciente caso.

Antes de analizarlo hemos de recordar que, como es bien sabido, los procesos contencioso-administrativos se prolongan en el tiempo en muchas ocasiones de modo excesivo. No es raro que, desgraciadamente, cuando recae sentencia sobre un asunto haya perdido buena parte de sentido el objeto que lo motivó. En el caso de los concursos para acceder a puestos en las Administraciones públicas el ejemplo paradigmático lo constituye el supuesto en el que una vez recaída sentencia definitiva sobre el asunto el candidato injustamente afectado por la resolución del concurso originario o ha fallecido ya o ha alcanzado la edad de la jubilación (42). Es evidente que en uno u otro caso no sirve de nada que el Tribunal ordene repetir las pruebas corrigiendo la irregularidad que se ha cometido o que llegase admitir que se le debía haber nombrado a él.

La reciente sentencia de 9 de octubre de 2006 del TC (43) ha servido para matizar una importante cuestión en relación con esta situación. En concreto, ha servido para resolver la duda que podría plantearse en el caso de que sólo uno o algunos de los candidatos que se presentaron al concurso hubiese alcanzado la edad de la jubilación. En este caso, ¿hay que entender que se ha producido un supuesto de imposibilidad de ejecutar la sentencia o, por el contrario hay que entender que la sentencia se puede seguir ejecutando en sus propios términos en relación con los restantes concursantes que siguen en activo?

Los hechos que han dado pie a la sentencia que ha permitido resolver esta cuestión han sido los siguientes: Con fecha 4 de diciembre de 1986 la UCM dictó resolución por la que fueron nombrados Catedráticos de Derecho Romano de la Universidad, en virtud de concurso ordinario convocado por resolución rectoral de fecha 30 de septiembre de 1985, don Francisco Javier Paricio Serrano y don Armando Torrent Ruiz. El acto de constitución de la Comisión encargada de resolver el referido concurso fue objeto de recurso

(42) Ver a título de ejemplo el razonamiento final de la STS de 10 de septiembre de 1996, Ar.6548.

(43) Ver, STC 285/2006, de 9 de octubre de 2006.



contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, recayendo Sentencia el 8 de enero de 1992 por la que se anulaba la composición de la citada Comisión así como todo lo actuado por ella, ordenando su nueva constitución. Una vez firme la anterior Sentencia, la Universidad procedió a su ejecución, repitiendo el concurso, en el que participaron don Francisco Javier Paricio Serrano, don Armando Torrent Ruiz, don Pelayo de la Rosa Díaz y don Manuel García Garrido, proponiendo la Comisión a los dos primeros para ocupar las dos plazas de Catedrático convocadas. Don Manuel García Garrido presentó reclamación ante la correspondiente Comisión de la UCM que, con fecha 2 de febrero de 1994, fue desestimada, siendo nuevamente nombrados Catedráticos de Universidad de Derecho Romano don Armando Torrent Ruiz y don Francisco Javier Paricio Serrano por resolución rectoral de 8 de febrero de 1994. Frente a la desestimación de 2 de febrero de 1994 de la reclamación presentada ante la Comisión de la UCM, interpuso don Manuel García Garrido recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso núm. 320/94). Este recurso fue resuelto por Sentencia de 30 de enero de 1999 por la que se estimaba parcialmente y se anulaba la resolución de 2 de febrero de 1994, dejando sin efecto los nombramientos y todas las actuaciones de la comisión que juzgó el concurso desde el incorrecto nombramiento de su Presidente y de los Vocales Sres. Fernández Barreiro y Murga Gener, y reponiendo el procedimiento administrativo al trámite en que se produjo la infracción a fin de que, previo el nombramiento de una nueva comisión de valoración (integrada en su totalidad por miembros distintos), se desarrollara el proceso de selección hasta su conclusión en forma legal. Frente a esta Sentencia se interpusieron sendos recursos de casación, que fueron inadmitidos, alcanzando firmeza la Sentencia impugnada. El 12 de diciembre de 2001 la UCM planteó, conforme al art. 105.2 LJCA incidente de ejecución de Sentencia, al entender que concurrían las siguientes causas de imposibilidad legal y material para ejecutar la citada Sentencia firme de 30 de enero de 1999: 1º) el actor don Manuel García Garrido estaba próximo a cumplir los 74 años de edad, habiéndose jubilado como funcionario docente en el curso académico 1997/1998; 2º) era imposible que formasen parte de la nueva comisión diez Catedráticos del área de conocimiento de Derecho Romano, pues algunos de los que estaban en activo en 1985 habían fallecido, estando otros jubilados; 3º) ausencia de todo interés particular de quienes únicamente podían volver a concursar y 4º) falta de todo interés legitimador de quienes en el momento de la ejecución pudieran pretender proseguir un procedimiento.

La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid acogió la pretensión de la UCM por Auto de 3 de mayo de 2002, en el que se declaró inejecutable la Sentencia de 30 de enero de 1999 y se decidió la sustitución de la ejecución por una reparación económica, emplazándose a

don Manuel García Garrido por término de veinte días para que indicara si, a consecuencia del acto anulado y de la indicada ejecución, se le había ocasionado algún perjuicio o daño, y en tal caso que especificase cuáles habían sido y los cuantificara a efectos de un posible resarcimiento de los mismos. Frente al Auto de 3 de mayo de 2002 interpuso don Manuel García Garrido recurso de súplica el 13 de junio de 2002 en el que solicitaba del Tribunal que fijase preferentemente una cuantiosa indemnización por daños y perjuicios que debería pagar la UCM (44). La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid dictó Auto el 17 de octubre de 2002 en el que se acordó lo siguiente: 1) estimar el recurso de súplica y revocar el pronunciamiento de inejecutabilidad de la Sentencia en su puro y debido efecto, declarándose sin embargo la plena ejecutabilidad de la misma en cuanto a la repetición del proceso selectivo desde el nombramiento de una nueva Comisión de valoración, con la excepción de los efectos que pudiera originar al demandante; 2) fijar la indemnización para el actor por los daños y perjuicios que le produjo la ausencia de efectos de la ejecución de la Sentencia con respecto a él en la cantidad de 24.500 euros.

Frente al anterior Auto de 17 de octubre de 2002, la UCM interpuso incidente de nulidad de actuaciones —al amparo del artículo 240 y 241 de la LOPJ— aduciendo incongruencia, indefensión y motivación inconsecuente. Asimismo interpuso incidente de nulidad de actuaciones frente a dicho Auto don Javier Paricio Serrano, aduciendo incongruencia, indefensión y carácter contradictorio del Auto. Por Auto de 25 de junio de 2003 la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid resolvió no haber lugar a declarar la nulidad del Auto de 17 de octubre de 2002.

Don Javier Paricio Serrano, planteó recurso de amparo alegando que el Auto de 3 de mayo de 2002 supuso estimar no sólo la pretensión de la Universidad (*sustitución de la ejecución de la Sentencia en sus propios términos por su equivalente económico*), sino también la pretensión principal del propio don Manuel García Garrido (*reconocerle el derecho a una indemnización económica, por no poder ya concursar a la plaza deseada al haber alcanzado la edad de jubilación, aunque sin fijar su cuantía*), por lo que el Auto de 17 de octubre de 2002 que resolvió el recurso de súplica interpuesto por don Manuel García Garrido contra el Auto de 3 de mayo de 2002, incurrió en incongruencia *extra petitum* (consistente en haber franqueado con su decisión revocato-

(44) En concreto solicitaba la cantidad de 699.044, 90 euros, resultado de sumar 349.522,45 euros, en concepto de retribuciones dejadas de percibir de la Universidad demandada, más 349.522,45 euros por los perjuicios morales, bajo los criterios expuestos en el citado escrito. Subsidiariamente, para el caso de que no se estableciese la indemnización mencionada, acordase la ejecución de la Sentencia adoptando las medidas necesarias que asegurasen la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando un plazo para su completo cumplimiento.



ria los límites objetivos legalmente establecidos para cualquier recurso de general y en particular para el de súplica) en cuanto revocaba la declaración de inejecutabilidad de la Sentencia en sus propios términos, pues don Manuel García Garrido, que no podía ya participar en el proceso selectivo por estar jubilado, carecía de interés legítimo alguno en ejecución de la Sentencia para interesar que se declarase la repetición del proceso selectivo (45). A partir del Auto de 3 de mayo de 2002 lo único que podía cuestionar don Manuel García Garrido era la cuantía de la indemnización que le correspondía, pero no la procedencia o improcedencia de la ejecución de la Sentencia en forma específica. Además, la estimación de la pretensión principal de su recurso de súplica (la pretensión indemnizatoria) excluía la estimación de la pretensión subsidiaria (la ejecución específica de la Sentencia). Argumentó el recurrente, en primer lugar, que el Auto de 3 de mayo de 2002, que declaró inejecutable en sus propios términos la Sentencia de la que traía causa, alcanzó valor de cosa juzgada, toda vez que ninguno de aquellos concursantes que hubieran podido alegar un

(45) En su opinión sólo podía ya discutir la cuantía de la reparación económica sustitutoria que le correspondería por la imposibilidad de ejecución de la Sentencia en sus propios términos, careciendo de interés legítimo para solicitar que el órgano judicial reconsiderase su decisión, acordada por Auto de 3 de mayo de 2002, de declarar inejecutable la Sentencia en forma específica (repetición del proceso selectivo). Por el contrario, la representación de García Garrido ya había advertido que en contra de lo que sostenía el demandante de amparo, no era cierto que don Manuel García Garrido hubiese sido *«apartado del proceso judicial al carecer de un interés legítimo»*. La simple lectura de los dos Autos recurridos evidenció que no era así. Ni en aquellas resoluciones, ni en ningún momento del proceso la Sala había llegado, ni tan siquiera, a cuestionar la incontrovertible legitimidad de su interés. No podía ser de otro modo, pues a don Manuel García Garrido se le había privado de la plaza que le correspondía durante los últimos decisivos diez años de su vida profesional; luego se le había despojado del derecho primordial que le confería la Sentencia firme que estimó su impugnación del concurso, consistente en poder concursar nuevamente; y al final, tras concedérsele una exigua e insuficiente —y no percibida a la fecha de formular alegaciones— reparación económica, con tal excusa el demandante de amparo pretendió injustificadamente negar su legitimidad incluso para oponerse a la declaración de inejecución de la Sentencia y a los perjuicios derivados de la misma. En suma, habiendo la Sala fallado en el Auto de 3 de mayo de 2002 contra las peticiones formuladas por don Manuel García Garrido, resultaba incontestable su derecho y legitimación para recurrir en súplica contra dicho Auto, lesivo de sus intereses. En su opinión, resultaba asimismo infundado el argumento del demandante de amparo según el cual el recurso de súplica interpuesto por don Manuel García Garrido contra el Auto de 3 de mayo de 2002 encubría un *«recurso de interés de la Ley»*, porque no perseguía realmente la defensa de un interés subjetivo. El recurso de súplica presentado por don Manuel García Garrido, además de denunciar los diversos quebrantamientos de forma y fondo del Auto impugnado, perseguía combatir una decisión extraordinariamente lesiva para sus intereses, como lo era la declaración de inejecución de la Sentencia firme estimatoria de su recurso contencioso-administrativo. Era incontestable que quien obtuvo una Sentencia favorable a sus derechos e intereses estaba plenamente legitimado para intentar impedir su inejecución mediante la interposición de los recursos procedentes. A don Manuel García Garrido le asistía, en efecto, el derecho a la ejecución de las sentencias firmes en sus propios términos, que se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 CE, conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional.

interés legítimo en la ejecución de la Sentencia recurrieron contra dicho Auto. Añadió el recurrente que el Sr. García Garrido sólo podía recurrir en súplica en su propio interés, por lo que, circunscrito por el mismo Tribunal ese interés a la posible indemnización —por razón de la edad del Sr. García Garrido, que le impedía volver a concursar y, en su caso, tomar posesión de la plaza—, ninguna vía abría ese recurso de súplica para que el Tribunal reconsiderase su decisión de inejecución respecto de terceros que no la habían solicitado y respecto de los que, en su momento —no constreñida por los estrechos márgenes del recurso—, el Tribunal decidió que no cabía la ejecución. Así pues, habiendo reconocido el Tribunal que ningún interés podía tener el Sr. García Garrido en la ejecución de la Sentencia, dicha ejecución quedaba necesariamente sustraída del ámbito del recurso de súplica, por lo que no podía el Tribunal, sin incurrir en incongruencia, convertir un recurso de súplica en un recurso en interés de la Ley o, peor aún, en un recurso en perjuicio de terceros. Por todo ello, solicitó el demandante de amparo que se reconociese su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y que, sin reposición de las actuaciones, se declarase la nulidad del Auto de 25 de junio de 2003, la nulidad parcial del Auto de 17 de octubre de 2002 (sólo en cuanto declaraba ejecutable en sus propios términos la Sentencia firme de 30 de enero de 1999, ordenando la repetición del proceso selectivo) y la firmeza del Auto de 3 de mayo de 2002 en lo referente a la inejecución específica de dicha Sentencia (46).

El TC entró a examinar el fondo del asunto recordando su doctrina general sobre la ejecución de sentencias (47). A la luz de esta teoría general el Alto Tribunal establece lo siguiente:

(46) Hay que advertir que el recurrente en amparo solicitó la suspensión de los mencionados Autos. La Sala Primera del TC dictó el ATC 91/2004, de 22 de marzo, por el que se acordó suspender la ejecución de los Autos de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de octubre de 2002 y de 25 de junio de 2003. Contra el ATC 91/2004 interpuso recurso de súplica conforme al art. 93.2 LOTC don Manuel García Garrido, que fue resuelto por ATC 341/2004, de 13 de septiembre, por el que se acordó estimar parcialmente el recurso de súplica y en consecuencia levantar la suspensión del segundo apartado del Auto de 17 de octubre de 2002 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (en el que se fijaba la indemnización para el Sr. García Garrido por los daños y perjuicios que le producía la inejecución de la Sentencia en la cantidad de 24.500 euros), manteniéndose la suspensión del primer apartado de dicha resolución judicial (que declaraba la plena ejecutabilidad de la Sentencia en cuanto a la repetición del proceso selectivo desde el nombramiento de una nueva comisión de valoración, con excepción de los efectos que pudiera originar al Sr. García Garrido).

(47) Destacando que *«el derecho a la ejecución de sentencias forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones y, por tanto, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial»* (entre otras muchas, SSTC 144/2000, de 29 de mayo, FJ 6; 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 3/2002, de 14 de enero, FJ 4; 140/2003, de 14 de julio, FJ 6; y 223/2004, de 29 de noviembre, FJ 6). Por eso mismo también ha

«De acuerdo con la doctrina expuesta resulta rechazable, como advierte en sus alegaciones el Ministerio Fiscal (48), que la Administración demandada en el recurso contencioso-administrativo, pudiera conseguir que lo declarado en sentencia deviniera ineficaz mediante la prolongación del proceso o la ejecutoria, de suerte que un hecho sobrevenido, como es en este caso la jubilación forzosa por edad del actor, don Manuel García Garrido, eliminara el interés material directo de éste, privándole de su derecho a la ejecución en sus propios términos de la Sentencia firme dictada en el proceso, que ha sido favorable a sus pretensiones. En efecto, sin perjuicio de que el Sr. García Garrido pudiera tener —como invocaba en su recurso de súplica— un interés moral en que el pronunciamiento de la Sentencia firme de 30 de enero de 1999 (anulación de la Resolución rectoral de 2 de febrero de 1994 y reposición de actuaciones al trámite en que se produjo la infracción a fin de que, previo el nombramiento de una nueva comisión de valoración, integrada en su totalidad por miembros distintos, se desarrollase el proceso selectivo hasta su conclusión en forma legal) se cumpla en sus propios términos, lo cierto es que la Sala considera en su Auto de 17 de octubre de 2002 que el Sr. García Garrido estaba legitimado para interponer recurso de súplica contra el Auto de 3 de mayo de 2002 y para solicitar en dicho recurso

declarado que, desde la perspectiva del art. 24.1 CE, no puede aceptarse que sin el concurso de elementos que hagan imposible física o jurídicamente la ejecución o la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas, por incorrecta determinación del fallo, por sus desproporcionadas consecuencias o por razones similares, esto es, que sin haberse alterado los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la Sala sentenciadora, se pretenda privar de efectos, en un momento posterior, al pronunciamiento judicial entonces emitido, por la vía de acudir de nuevo, en trámite de ejecución, lo que ya fue en su día definitivamente resuelto por el órgano judicial (por todas, SSTC 41/1993, de 8 de febrero, FJ 2; y 18/2004, de 23 de febrero, FJ 4).

(48) En este caso, el Ministerio fiscal apuntó que no se discutía la legitimación para el proceso o en relación con el derecho a obtener una resolución de fondo, sino el interés de quien había instado un proceso contencioso-administrativo y había obtenido una sentencia favorable, a conseguir que esa sentencia se ejecutase en sus propios términos. Por esta razón no era admisible que en este tipo de procesos la Administración demandada pudiera conseguir que lo declarado en sentencia deviniera ineficaz mediante la prolongación del proceso o la ejecutoria, o la renuncia a ejecutar la sentencia hasta que un hecho posterior —como la jubilación— eliminara el interés material directo del actor, haciéndole perder su derecho a la ejecución de la sentencia en sus propios términos. Y no era admisible porque había de reconocerse que el actor podía tener un interés moral —invocado por don Manuel García Garrido en su recurso de súplica, con cita de una Sentencia del Tribunal Supremo— en que la sentencia se ejecutase en sus propios términos, de forma que lo declarado en Sentencia se plasmase en la realidad. Por eso no era irrazonable —concluía el Ministerio Fiscal— que la Sala no se plantease la cuestión —que ahora suscitaba el demandante de amparo sin haberlo hecho en el incidente de nulidad— de la existencia de un interés en don Manuel García Garrido para que se acordase la ejecución de la Sentencia dictada en sus propios términos, ya que este interés, aunque no se hubiera mencionado (que sí se había hecho) en el recurso de súplica, legítimamente podía estimarse que correspondía a todo el que había obtenido una sentencia a su favor, de forma que, siendo una de las pretensiones del recurso de súplica de don Manuel García Garrido que se dejase sin efecto la declaración de inejecutabilidad de la Sentencia firme dictada en los Autos, la Sala no incurrió en ningún tipo de incongruencia resolviendo tal pretensión.

tanto la indemnización por daños y perjuicios como la ejecución específica de la Sentencia, al no existir elementos que hicieran imposible física o jurídicamente dicha ejecución o la dificultasen extraordinariamente, toda vez que, excluyendo al propio Sr. García Garrido —por haber alcanzado la edad de jubilación en la función docente universitaria—, nada impedía que se repitiese el proceso selectivo en los términos establecidos por la Sentencia, con la participación en el mismo del resto de concursantes, entre ellos el demandante de amparo. En tal sentido la Sala razona en su Auto de 17 de octubre de 2002 (argumento reiterado en el Auto que resuelve el incidente de nulidad), analizando lo dispuesto en el art. 105.2 LJCA, que el cumplimiento o imposibilidad de cumplimiento de una sentencia no está a disponibilidad de las partes, y por ello declara que se puede ejecutar la Sentencia en la parte en que puede ser objeto de cumplimiento, esto es, declarando su plena ejecutabilidad en cuanto a la repetición del proceso selectivo (desde el nombramiento de una nueva comisión de valoración y hasta conclusión en legal forma), excepto para el Sr. García Garrido, quien no puede —ni lo pretende— volver a participar en dicho proceso colectivo al haber alcanzado la edad de jubilación forzosa».

A continuación el TC aclara que, para enjuiciar esta respuesta judicial desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) conforme al canon de control que le corresponde, debe recordar que se trata de un control externo, limitado estrictamente a verificar que la resolución judicial está fundada en Derecho, lo que implica, conforme a consolidada doctrina del propio TC, verificar que el razonamiento que sustenta la decisión no resulte arbitrario, manifiestamente irrazonable o incurso en error patente (por todas, SSTC 22/1994, de 27 de enero, FJ 2; 226/2000, de 2 de octubre, FJ 3; y 60/2006, de 27 de febrero, FJ 2). Es decir, más concretamente, que «sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento», no pudiendo entenderse como «decisiones motivadas y razonadas aquéllas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas» (STC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4). A partir del referido canon de control al que el TC está inexcusablemente sometido cuando se trata de enjuiciar una supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a una respuesta judicial motivada y fundada en Derecho, concluye que la fundamentación del Auto de 17 de octubre de 2002, anteriormente expuesta, en virtud de la cual la Sala llega a la conclusión de que el Sr. García Garrido estaba legitimado para

recurrir en súplica contra el Auto de 3 de mayo de 2002 y para formular las pretensiones que dedujo en dicho recurso, satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que, desde esta perspectiva, la queja del demandante de amparo no puede ser acogida.

Por último el TC finalmente, rechaza que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid haya incurrido también en incongruencia *extra petitum* al resolver en su Auto de 17 de octubre de 2002 el recurso de súplica interpuesto contra el Auto de 3 de mayo de 2002 por el Sr. García Garrido, por conceder más de lo pedido al acoger indebidamente las dos pretensiones, en cuanto que, a juicio del recurrente en amparo, la estimación de la principal (indemnizatoria) hubiera debido excluir la de la subsidiaria (ejecución de la Sentencia). Aplicando su jurisprudencia (49) le permite llegar a la conclusión de que no existe en el Auto de 17 de octubre de 2002 el vicio de incongruencia *extra petitum* que denuncia el demandante de amparo, pues, siendo una de las pretensiones del recurso de súplica formulado por el Sr. García Garrido contra el Auto de 3 de mayo de 2002 que se dejase sin efecto la declaración de inejecutabilidad de la Sentencia firme de 30 de enero de 1999, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid no incurrió en incongruencia por exceso al estimar tal pretensión, a la que por otra parte tuvo ocasión de oponerse el demandante de amparo en sus alegaciones frente al recurso de súplica. Para el TC no altera esta conclusión el hecho de que tal pretensión fuera planteada por el Sr. García Garrido de forma subsidiaria, pues, como se razona en el Auto resolutorio del incidente de nulidad, rechazando el argumento del demandante de amparo según el cual la estimación de la pretensión principal (indemnizatoria) del recurso de súplica del Sr. García Garrido excluiría la estimación de la pretensión subsidiaria (ejecución específica de la Sentencia), la Sala, que no está vinculada por el orden que el justiciable haya dado a sus pretensiones, procedió a

(49) Como ha recordado en la STC 262/2005, de 24 de octubre, FJ 4, «este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que, para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitum*), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes (STC 20/1982, de 5 de mayo), de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (SSTC 191/1995, de 18 de diciembre, FJ 3; 60/1996, de 4 de abril, FJ 5; 182/2000, de 10 de julio, FJ 3; 45/2003, de 3 de marzo, FJ 3; 218/2004, de 29 de noviembre, FJ 3; y 250/2004, de 20 de diciembre, FJ 3, entre otras muchas)».

analizar y resolver las mismas conforme al orden lógico-jurídico que demandaba su naturaleza, de suerte que comenzó por pronunciarse sobre la ejecutabilidad de la Sentencia, por ser el presupuesto fundamental del que dependía el otorgamiento o no de la indemnización solicitada. El TC destaca que, como señaló el Ministerio Fiscal, esta fundamentación resulta perfectamente razonable, debiendo añadirse que, conforme ya quedó señalado, desde la perspectiva constitucional sólo cabe apreciar incongruencia por exceso lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) cuando la resolución judicial combatida se haya pronunciado, concediendo más de lo pedido o algo distinto de lo pedido, sobre materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa. Nada de esto acontece, según el Alto Tribunal, en el presente caso, en el que tanto la pretensión de ejecución específica de la Sentencia, como la pretensión indemnizatoria, fueron debidamente planteadas por el Sr. García Garrido en su recurso de súplica y contestadas por el demandante de amparo mediante las alegaciones que consideró pertinentes a tal efecto. Al recurso de súplica se opuso el demandante de amparo formulando las alegaciones que tuvo por convenientes y, por su parte, la Sala resolvió el debate dentro de los términos planteados mediante su Auto de 17 de octubre de 2002, por el que, reconsiderando su pronunciamiento precedente, estimó la pretensión de ejecución de la Sentencia en sus propios términos, por lo que ordenó la repetición del proceso selectivo excepto para el Sr. García Garrido (que ya no podía concursar por razón de edad) y por ello estimó también parcialmente la pretensión indemnizatoria, fijando la indemnización por los daños y perjuicios que le ocasionó la ausencia de efectos de la ejecución de la Sentencia con respecto a él en la cantidad de 24.500 euros, inferior a la solicitada en el recurso de súplica, debiendo recordarse que el Sr. García Garrido solicitaba una indemnización en cuantía de 669.044,09 euros, así como, para el caso de que no se le otorgase la indemnización exactamente en esa concreta suma (como se solicita en el suplico del recurso de súplica), la ejecución específica de la Sentencia. Debiendo asimismo tenerse en cuenta que el Sr. García Garrido admitió expresamente en su recurso de súplica (como así queda reconocido tanto en el Auto de 17 de octubre de 2002 como en el posterior Auto que resuelve el incidente de nulidad) que él ya no podría tomar parte en el concurso, al haber alcanzado la edad de jubilación forzosa, razonando que tal circunstancia, al tiempo que justificó su pretensión indemnizatoria, no impide la repetición del proceso selectivo (en ejecución de la Sentencia firme dictada en las actuaciones) para el resto de aspirantes. No se concede, pues, más de lo pedido (*ultra petitum*) ni algo distinto de lo pedido (*extra petitum*), lo que determina el rechazo de la queja del demandante de amparo.

En definitiva, por las razones que han quedado expuestas, para el TC no puede considerarse que el Auto de 17 de octubre de 2002 haya lesionado el de-

recho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del demandante de amparo por declarar la plena ejecutabilidad de la Sentencia de 30 de enero de 1999 en cuanto a la repetición del proceso selectivo desde el nombramiento de una nueva comisión de valoración (integrada por miembros distintos) hasta su conclusión en forma legal, proceso selectivo en el que, a tenor de lo razonado en los referidos Auto y Sentencia, podrán participar tanto el demandante de amparo como el resto de aspirantes admitidos, excepto el Sr. García Garrido, por haber alcanzado la edad de jubilación en la función pública docente, o cualquier otro aspirante que al momento de repetición del concurso estuviera, por esa misma razón u otra, legalmente imposibilitado para ello.

#### IV. CONCLUSIÓN

En el asunto de los bomberos del Ayuntamiento de Barcelona, el TC recordaba a la citada Corporación local que en ejecución de sentencia debía adoptar las «medidas apropiadas» para que los candidatos tuviesen «la posibilidad de acceder a la categoría» de la que habían sido injustamente excluidos.

Estas palabras tienen la suficiente falta de precisión como para que la Administración aplique en cada caso concreto la fórmula que estime más pertinente. Desde luego que puede ser apropiado retrotraer hasta el momento donde se produjo la irregularidad para que, eliminado el vicio que la produjo, se repita todo, revocando los nombramientos ya realizados, y los candidatos tengan esa «posibilidad» de acceder a una de las plazas convocadas originariamente. Acabamos de ver que esto es precisamente lo que el TC acaba aceptando que se haga, pese a las particularidades del caso (imposibilidad absoluta de que vuelva a participar uno de los candidatos ya jubilado), en el asunto de las cátedras de Derecho Romano de la UCM.

Sin embargo, los recientes casos que acabamos de exponer nos demuestran que existen otras medidas distintas en ejecución de sentencias que pueden ser más apropiadas, dados los matices del caso que se examina. En estos supuestos la «medida más apropiada» no es repetirlo todo desde el momento en que se produjo el vicio, sino reconocer al candidato recurrente el derecho a una plaza. Queda demostrado por las sentencias examinadas que estos supuestos son aquellos en donde se ha producido una irregularidad o un error manifiestos en la evaluación de los méritos que deja a las claras la evidencia de la injusticia cometida con respecto a un candidato que debió claramente ganar. Ejemplo paradigmático de esto lo constituye la sentencia del TS de 17 de febrero de 2006 sobre los auxiliares de la Administración de Justicia. En este caso el error matemático en la valoración de méritos o puntos queda patente, además, acentuado por haberse apartado de las bases de la convocatoria.

Desde luego que ha facilitado mucho esta forma de ejecución de sentencias el hecho de que los mismos Tribunales hayan reconocido expresamente el derecho del recurrente a la plaza a la vista de las antedichas circunstancias. De hecho, bien podían haber remitido a la Administración el deber de volver a valorar los méritos ordenando retrotraer al momento en que se produjo la irregularidad. En el caso sobre las plazas del Personal Operativo de Guías Caninos, de 4 de julio de 2005, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el protagonismo judicial queda todavía más subrayado porque es el propio Tribunal el que pone de manifiesto, echando el mismo las cuentas de los méritos de los candidatos con base en los elementos reglados que aparecen en el caso (50), que de haberse dejado participar al recurrente hubiera ganado (51). Desde luego que con esta forma de actuar se rompe la tradicional remisión del Tribunal a la Administración para que haga ella la valoración, aunque sólo sea ya un puro formalismo, a la vista de las consideraciones establecidas en la sentencia [donde se le pueden haber reconocido al recurrente la necesidad de valorar méritos propios no estimados o la necesidad de no valorar méritos ajenos indebidamente puntuados (52)]

(50) Lo cual en el caso de los concursos suele ser raro, pues, como es bien sabido, en estas plazas por concurso los baremos suelen estar diseñados de tal modo que se deja un amplio margen a la discrecionalidad de la Administración a la hora de valorar los méritos (por ejemplo, valorando determinado mérito entre 0 y 4 puntos). Desconocemos, obviamente, como estaba diseñado el baremo que se usó en este caso concreto pero, si el Tribunal apela a la existencia de elementos reglados, desde luego que debía ser muy preciso. De lo contrario, el Tribunal se habría excedido en su función viendo elementos reglados donde no los hay pues, no lo olvidemos, juega en estos casos la teoría de la discrecionalidad técnica.

(51) Obsérvese que en el caso de los auxiliares de justicia este protagonismo parece menor dada la evidencia del error matemático producido.

(52) Sirvan de botón de muestra de esta forma tradicional los hechos recogidos en la reciente sentencia del TC 325/2006, de 20 de noviembre de 2006, en donde se analizaba un recurso de amparo planteado por un sujeto que por Resolución del Servicio Andaluz de Salud de 20 de febrero de 1999, obtuvo una plaza de médico en el Hospital Carlos Haya de Málaga en una convocatoria de concurso de traslado, tomando posesión el 16 de marzo de 1999. Otro concursante interpuso demanda contra el Servicio Andaluz de Salud impugnando el cómputo de sus méritos en dicho concurso de traslados y solicitando la nulidad de la citada Resolución, dando lugar al procedimiento núm. 488/99 que se tramitó por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga. Por Sentencia de 25 de julio de 2001, aclarada por Auto de 13 de noviembre de 2001, se estimó la demanda, acordándose que procedía el cómputo de determinados méritos del demandante y anulando la Resolución de 20 de febrero de 1999 para que se dictase otra nueva y se asignaran las plazas convocadas conforme a la nueva valoración de méritos del demandante. Interpuesto recurso de duplicación por el Servicio Andaluz de Salud, tramitado con el núm. 342-2002, fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 9 de mayo de 2002. El Servicio Andaluz de Salud, en ejecución de dichas Sentencias, procedió a valorar nuevamente los méritos del otro concursante y, por Resolución de 29 de enero de 2003, le asignó la plaza de facultativo del Hospital Carlos Haya, que había sido adjudicada al posterior recurrente en amparo, quien fue cesado en ella, retornando a su puesto de origen. Bien podía haber razonado el Tribunal de Madrid como el Superior de Justicia de Andalucía y haber

Donde podemos decir que el TS ha ido más allá de lo esperado ha sido, desde luego, en el asunto de 2 de octubre de 2006, sobre la selección de magistrados y jueces en régimen de provisión temporal. Recordemos que en este pronunciamiento el TS también reconoce el derecho de la recurrente a una plaza por haber sido injustamente excluida de participar en un concurso cuando gozaba de un mérito preferente. Estas circunstancias inclinan al Tribunal a hacer ese reconocimiento. Es verdad que en este caso era físicamente imposible retrotraer pues no tenía sentido, dado que se trataba de una plaza convocada temporal para un año judicial ya pasado. Y es que el TS podía haber perfectamente argumentado que no podía reconocer el derecho de la recurrente a la plaza porque no le corresponde a él meterse en la valoración de si el candidato tenía más méritos que los otros participantes para haber merecido una de las plazas convocadas (53). El TS bien podía haber dicho que la «medida apropiada» a que tenía derecho la recurrente, que luego se debía materializar con la ejecución de la sentencia, era una indemnización por la pérdida de la oportunidad perdida (54). Considerando que esa indemnización podía ser casi equivalente a haber obtenido la plaza por el hecho de disfrutar de un mérito preferente. Sin embargo, como hemos visto el TS no razona así, sino que primero reconoce el derecho de la recurrente a haber obtenido la plaza y luego, como ese derecho ya no se puede materializar, se reconoce la indemnización sustitutoria por el equivalente. Desde luego que es un razonamiento, en línea con una interpretación generosa de las palabras del TC en su sentencia de los bomberos de Barcelona antes citada. Además, permite plantearnos si al actuar así el TS no sólo consigue reducir el margen de actuación de la Administración a la hora de ejecutar la sentencia condenatoria sino, de paso, recortar sus poderes decisorios a la hora de juzgar a los candidatos al empleo público (55).

dicho que había que retrotraer y que correspondía a la Administración, a la vista de las circunstancias, proceder a valorar los méritos del candidato excluido injustamente.

(53) Y ello, incluso, aunque tenga un mérito preferente, pues no hay que olvidar que algunos de los restantes candidatos también pueden tener un mérito preferente o, aunque no lo tenga, de acuerdo con los baremos fijados, la suma de los otros méritos supere a los puntos obtenidos con un mérito preferente. En definitiva, corresponde normalmente a la Administración hacer ese juicio de valor. Con todo, reconocemos desconocer si el TS tomó su pronunciamiento considerando, como hizo el Tribunal de Madrid en el caso de los Guías Caninos, que a la vista de las circunstancias los elementos reglados apuntaban a que una de las plazas se la debía haber llevado la recurrente. Lo cierto es que en la sentencia no se dice esto y, por ello, subrayamos la especialidad de este caso.

(54) Sobre la teoría de la oportunidad y el deber de la Administración de resarcir los daños producidos por su pérdida es de obligada lectura el excelente trabajo de MEDINA ALCOZ, titulado «La teoría de la pérdida de oportunidad», Ed. Civitas, Madrid, 2007.

(55) Tirando del hilo de la argumentación de esta sentencia se puede llegar a la interesante conclusión de que un candidato que demuestra tener, en palabras del mismo Tribunal, un «destacado mérito preferente», de acuerdo con el baremo establecido, debe tener derecho al reconocimiento de que se le debía haber otorgado una de las plazas convocadas y, entonces, a la Adminis-

Para finalizar, queremos también llamar la atención sobre el contenido de la sentencia de 12 de junio de 2006 sobre el Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria. Se trata de un pronunciamiento que redundará en un refuerzo de la aplicación del principio de la confianza legítima (56) que va, sin lugar a dudas, en beneficio de la seguridad jurídica y del respeto de los derechos adquiridos de los ciudadanos (en estos casos de los que acceden al empleo público). Al igual que hemos hecho antes, es fácil imaginar un razonamiento alternativo que podía haber llevado a un resultado completamente opuesto. Es decir, el TS bien podía haber llegado a la conclusión de que el nombramiento de la Sra. Concepción (recurrente en el litigio) como profesora de Lengua Castellana y Literatura en 1996 era nulo de pleno derecho por ser un acto expreso contrario al ordenamiento jurídico por el cual se adquiría un derecho careciendo un requisito esencial para su adquisición (art.62,1,f) de la Ley 30/92). En concreto la recurrente adquirió por Orden de 1996 el derecho a ser profesora de la especialidad Lengua Castellana y Literatura. Para poder presentarse a esa plaza era requisito esencial poseer la condición de funcionaria. Esta condición la había adquirido en 1994 por Orden que la nombró funcionaria de carrera del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria. Pero esa condición la había perdido al anularse la Orden de 1994 que la nombró como tal.

Queremos subrayar que este pronunciamiento se entronca plenamente con el razonamiento que hemos visto antes que ha hecho el TC en el asunto de los bomberos de Barcelona. Y es que, este Alto Tribunal, ya nos advertía que a la hora de ejecutar las sentencias que condenan irregularidades en los procesos selectivos debe considerarse la incidencia del fallo en la esfera de terceros ajenos a la ilegalidad cometida y en la afectación de situaciones jurídicas consolidadas por el tiempo. En el supuesto del Cuerpo de Profesores, el TS es sensible a estas circunstancias y pone coto al celo de la Administración a la hora de ejecutar la sentencia tratando de borrar hasta el último efecto producido en el futuro como consecuencia de la irregularidad cometida en el pasado. Ahora bien, a sensu contrario, quizás, sea razonable defender que si se demuestra (lo cual, francamente, va a ser muy difícil de demostrar (57), pero no hay que descartar que esto se puede llegar a producir) que la irregularidad cometida por la Administración fue conocida, aceptada y hasta inducida o provocada por el candidato indebidamente vencedor, entonces, en ese caso concreto, debería primar el principio de legalidad sobre el de confianza legítima.

tración no le quedará más remedio que ejecutar la sentencia proveyendo un puesto para el candidato injustamente excluido.

(56) Ver, GARCÍA LUENGO, «El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo», Ed. Civitas, Madrid, 2002.

(57) Pues va a ser muy raro que el que se llevó ilegalmente la plaza reconozca que conocía perfectamente la irregularidad que se estaba cometiendo y que incluso la incentivó.

Por tanto, el precio que hay que pagar por respetar del principio de la confianza legítima a la hora de realizar la ejecución de la sentencia implicará, como hemos señalado antes, tener que sacar una nueva plaza al candidato injustamente excluido (58). Esto supondrá un inevitable coste tanto para la Administración (que debe reconocer los derechos del candidato injustamente excluido desde el momento en que se le debió nombrar empleado público, momento que puede ser anterior a aquél en el que surge de verdad la necesidad de una nueva vacante a cubrir), como para el candidato injustamente excluido que sufrirá el coste en tiempo perdido (muy importante, pues habrá perdido la oportunidad de participar en posteriores procesos de promoción dentro del empleo público), que en última instancia siempre tendrá una repercusión económica al final.

---

(58) Bien, si es posible, convocando un concurso expresamente pensando en él, bien asignándole directamente una plaza, bien concediéndole una indemnización equivalente si no es posible nada de lo anterior.