

■ **EL CONSULTOR**
DE LOS AYUNTAMIENTOS

La ejecución de sentencias en los procesos contencioso- selectivos

*José Ramón
Chaves García*

La ejecución de sentencias en los procesos contencioso-selectivos

José Ramón Chaves García

© José Ramón Chaves García, 2020
© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Mayo 2020

Depósito Legal: M-11401-2020
ISBN versión impresa: 978-84-7052-825-5
ISBN versión electrónica: 978-84-7052-826-2

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

ejecución y para borrar su eficacia, y la actuación del ejecutado que sufrió la ejecución provisional— normalmente el funcionario codemandado- podría reclamar que se le indemnice por los daños y perjuicios causados (posibilidad amparada en la aplicación supletoria de los arts. 534.1 LEC y 534.2 LEC), lo que se canalizaría por vía de ejecución ante el tribunal que conoció de la ejecución provisional.

– En caso de que la sentencia dictada en el recurso confirmase la ejecutada provisionalmente durante la pendencia del recurso contencioso-administrativo contra el auto que la concedió, no se produce la pérdida de objeto y la carga del promotor de tener que solicitar nuevamente la ejecución forzosa. En tal caso, el Tribunal Supremo opta por una postura antiformalista y al servicio de la economía procesal, considerando que «ese derecho se ha transformado en el de obtener la ejecución definitiva porque en nada se ve alterado por esa circunstancia» (STS 3 de julio de 2018, rec. 2198/2016).

2.1.7. Autos susceptibles de ejecución

A) Autos resolutorios

Dentro de esta categoría se encuentran los autos que resuelven incidentes cuya efectividad puede merecer una actividad complementaria o ejecutiva por el órgano jurisdiccional.

Se trataría por un lado, de los autos dictados en incidentes de medidas cautelares, que si otorgan la medida cautelar, bien de suspensión del acto impugnado o bien otra medida idónea, la administración debe acatarlos y, en su defecto, podrá el afectado instar la tutela judicial para garantizar su exacto cumplimiento.

Asimismo poseerá fuerza ejecutiva el auto dictado cuando ponga fin al procedimiento por reconocer totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante (art. 76.2 LJCA).

En cambio, carecen de fuerza ejecutoria y sin idoneidad para abrir incidentes de ejecución los autos que estiman las alegaciones previas (art. 59.4 LJCA).

B) Autos que integran el contenido de la sentencia

Los autos dictados en ejecución de sentencia integran el fallo y por tanto ha de garantizarse su efectividad.

En unos casos son autos que resuelven las cuestiones aludidas por el art. 109 LJCA. En otros casos son autos dictados como modalidad de ejecución por equivalencia, normalmente de contenido económico, y deben ser cumplidos con la misma fuerza que la sentencia original.

Este tipo de autos plantean dos cuestiones de sumo interés.

Por un lado, el deber de diligencia de las partes cuando se dictan providencias o autos en ejecución ya que su firmeza impide volverse luego con lo fijado o mandado.

Por otro lado, se plantea la cuestión de la reacción frente a los posibles excesos de los autos dictados en tales incidentes. En este punto hay que señalar que los recursos de apelación que fueren admisibles frente a los autos dictados sobre medidas cautelares o recaídos en ejecución de sentencia (los dictados en primera instancia, únicamente), lo serán en un solo efecto (art. 80.1 LJCA), por lo que no suspenden su fuerza ejecutoria. Eso sí, nada impide que frente a los autos defectuosos o incompletos se solicite su subsanación o complemento (art. 215 LEC).

2.2. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS: LOS IMPLICADOS

A) Los órganos responsables de la ejecución

Hoy día, bajo el marco constitucional y la LJCA 98 queda sólida e incuestionablemente fijado que los órganos jurisdiccionales contenciosos son los «Señores de la ejecución», esto es, los que velan, impulsan y acometen el cumplimiento de la sentencia, aunque dado que la materialización de la sentencia se desarrolla en la esfera de la administración ésta dispone de la posibilidad de cumplirla antes de que se active la ejecución forzosa⁽⁴⁰⁾. Estamos ante la cara judicial del poder público que vigila la cara ejecutiva y lo debe hacer guiada por el inspirador sentimiento de justicia, como «brújula que indica la dirección que ha de seguirse, pero que no precisa el camino exacto —y ni siquiera garantiza que exista— que, por tanto, ha de ser indagado —y, en su caso, construido— por el razonamiento jurídico desarrollado sobre la ley y la técnica»⁽⁴¹⁾. En suma, sentimiento de justicia, razonamiento jurídico y los términos del fallo, son los hilos con que el juez debe trenzar la ejecución de la sentencia para asegurar la tutela judicial efectiva.

Es certera la autorizada advertencia de que «... *un juez que no puede ejecutar sus sentencias no es un verdadero juez*»⁽⁴²⁾, aunque no menos que afirmar que

(40) Incluso antes de la vigencia de la Constitución, se acogía doctrinalmente la sutileza de distinguir entre ejecución material, que correspondía a los órganos de la Administración, de la competencia del Tribunal para vencer obstáculos y resolver dificultades, y que contaba con ecos de la doctrina francesa que correlativamente diferenciaba entre fuerza ejecutoria (noción jurídica) y la facultad de materializarla (noción fáctica). Cfr. Miguel MONTORO PUERTO, «Nuevas perspectivas en la ejecución de sentencias contencioso-administrativas», *Revista de Estudios de la Vida Local*, 1970, nº 166, pp. 201-232, 215.

(41) Alejandro NIETO, *Balada de la Justicia y la Ley*, Ed. Trotta S.A., 2002, p. 270.

(42) Maurice HAURIOU, citado por Tomás FONT I LLOVET en el prólogo a Isaac MARTÍN DELGADO en *Función Jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo. Hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 9.

la administración que no ejecuta las sentencias judiciales no es una auténtica administración sino una gestión en desafuero.

La tutela de la ejecución de la sentencia tiene naturaleza triangular bajo la mirada alerta del ejecutante.

El primer vértice que asoma es el relativo a *la administración condenada* que tiene la oportunidad de cumplir el fallo. Además la administración condenada es colaboradora del Tribunal con obligación de cumplirla cuanto antes, pese a la franquicia de un cómodo plazo disponible⁽⁴³⁾.

El segundo vértice corresponde al órgano jurisdiccional y se activa si la administración no cumple de forma exacta con el fallo, tras el transcurso del plazo de gracia (dos —104.2 LJCA— o tres meses —106.1 LJCA—), caso en que podrá el particular acudir al órgano jurisdiccional para que este desarrolle el proceso de ejecución, de naturaleza incidental y sumario. La actividad de ejecutar es jurisdiccional y por eso cabe la colaboración de los letrados de la administración de justicia para dictar diligencias y decretos pero sin suplantar al reserva del órgano jurisdiccional⁽⁴⁴⁾.

Hay que partir que en España la ejecución de sentencias corresponde siempre al tribunal de instancia, normalmente el Juzgado de lo contencioso-administrativo o Central, y la Sala cuando conoce en única instancia⁽⁴⁵⁾. Esta concentración de las facultades ejecutivas en el mismo juez que sentencia es la más adecuada por razones de celeridad, economía procesal y unidad en la actuación jurisdic-

(43) Así se ha subrayado la diferente posición de una administración condenada en lo contencioso-administrativo respecto de la posición de un particular condenado por sentencia civil (aquella tiene la obligación de ejecutar y éste la facultad de cumplirla voluntariamente). Bartomeu COLOM PASTOR, «Una interpretación progresista de los poderes del juez administrativo en materia de ejecución de las sentencias de los tribunales contencioso-administrativos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 43, julio-septiembre 1984, pp. 613-614.

(44) De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley 13/2009 que implantó el nuevo modelo de oficina judicial implantado por la Ley 13/2009 se reserva a los jueces y magistrados la «función estrictamente jurisdiccional» por lo que en todo caso, los decretos definitivos dictados por el letrado de la administración de justicia en el marco contencioso-administrativo han de admitir recurso judicial (STC 58/2016), afirmándose ulteriormente que todo procedimiento especial, incidental o sumario en que se dirimen derechos y obligaciones entre las partes debe ser objeto de control jurisdiccional (STC 34/2019).

(45) Al igual que en Alemania, en España, es siempre el Juez o Tribunal de instancia el que conoce del incidente de ejecución, aunque la sentencia inicial haya sido revocada en el fondo en apelación o casación (así deriva del art. 91.3 y 103.1 LJCA). Como se ha apuntado, con afirmación referida al Supremo pero válida para las Salas, y con proyección actual, que considera que la administración consigue con su tenacidad para burlar las sentencias que desfallezcan la vigilancia de aquéllos «lo cual puede tener una explicación simple pero real en el dato elemental de la inadecuación estructural y psicológica de tan Alto Tribunal para ocuparse eficazmente de problemas de ejecución más propios de un Juzgado de Primera Instancia, que por su situación, está más sobre el terreno y que psicológicamente está más preparado para sostener un forcejeo continuo», Tomás R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Algunas... cit.*, p. 158.

cional, además del consiguiente beneficio de especialización funcional para cumplir sus propias resoluciones y, como no, la deseable continuidad procesal por «vía incidental», sin alzar un nuevo proceso ejecutivo con desconexión formal del proceso cognitivo⁽⁴⁶⁾.

El tercer vértice del triángulo son los *terceros obligados* a colaborar en la ejecución de sentencia.

No se ha acogido la posibilidad de un cuerpo judicial especializado en la ejecución contencioso-administrativa⁽⁴⁷⁾, como tampoco existe la figura del derecho comparado de órganos *ad hoc* extrajudiciales para tutelar la ejecución de la justicia administrativa, como el caso de las Autoridades de Ejecución en Suecia o del Comité de Supervisión de la Ejecución inserto en el Consejo de Estado en Grecia⁽⁴⁸⁾.

B) Las partes y los afectados

Con carácter general el Tribunal Constitucional abrió las puertas de los incidentes de ejecución a los que tuvieran interés legítimo: «aunque no fueran litigantes en el proceso principal, siempre que... no hayan podido serlo en éste y aleguen un derecho o interés legítimo y personal que pueda verse afectado por la ejecución que se trate de llevar a cabo» (STC 166/2003).

Pues bien, en el ámbito de los procedimientos selectivos una visión jurídicamente aséptica nos muestra un conjunto de personas sometidas al examen de un grupo de personas que valoran su mérito y/o capacidad y ponen puntuación. Bajo la lupa jurídica, el escenario se vuelve más complejo ya que los participantes se dotan de la condición de interesados en el procedimiento y los valoradores forman un órgano colegiado que a su vez se integra en una persona jurídico-pública a la que se imputa su voluntad. Sin embargo, el interés en cuestionar lo actuado es distinto.

(46) Cfr. Roberto DROMI, *La sentencia...* cit., p. 172.

(47) La Ley del Código Procesal Contencioso-administrativo de Costa Rica de 28 de abril de 2006 contempla un cuerpo de jueces de ejecución con amplias facultades: «El Tribunal tendrá un cuerpo de jueces ejecutores, encargados de la ejecución de sus sentencias y demás resoluciones firmes. 2) En la fase de ejecución de sentencia, el juez ejecutor tendrá todos los poderes y deberes necesarios para su plena efectividad y eficacia. 3) Firme la sentencia, el juez ejecutor dictará o dispondrá, a solicitud de parte, las medidas adecuadas y necesarias para su pronta y debida ejecución» (art. 155). Este juez incluso «Si la Administración Pública obligada persiste en el incumplimiento de la sentencia, o si su contenido o naturaleza así lo exigen, el juez ejecutor podrá adoptar, por su cuenta, las conductas que sean necesarias y equivalentes para su pleno cumplimiento» (art. 161.2), y además ante actos contrarios podrá disponer su «nulidad... sin necesidad de incoar un nuevo proceso» (art. 175).

(48) Véase, Susana DE LA SIERRA, y Daniel SARMIENTO: *La ejecución de sentencias...*, cit., p. 462.

Así, los aspirantes podrán impugnar las bases de la convocatoria, su desarrollo y nombramientos siempre que su posición demuestre un interés legítimo, y en cambio los miembros del Tribunal tendrán vedada la impugnación de sus propios actos o de la administración a la que sirven por prohibirlo el art. 20a, LJCA.

Es más si el aspirante obtiene en vía administrativa una resolución que dispone la retroacción del procedimiento selectivo, con repetición de las pruebas, aunque no haya participado en esta segunda edición, conservará intacta su legitimación para recurrir aquél acto administrativo que dispuso la retroacción (no para exigir lógicamente su derecho al nombramiento)⁽⁴⁹⁾.

Además existen dos círculos añadidos de posibles interesados en impugnarlo.

De un lado, las organizaciones sindicales más representativas expresamente investidas de legitimación para «la interposición de recursos en vía administrativa y jurisdiccional contra las resoluciones de los órganos de selección» (art. 31.6 EBEP) y las asociaciones cuyos fines estatutarios sean el control de tales pruebas, portillo abierto por la STC 28/2009⁽⁵⁰⁾. Asimismo, los órganos de representación, «Las Juntas de Personal, colegiadamente, por decisión mayoritaria de sus miembros y, en su caso, los Delegados de Personal, mancomunadamente, estarán legitimados para iniciar, como interesados, los correspondientes procedimientos administrativos y ejercitar las acciones en vía administrativa o judicial en todo lo relativo al ámbito de sus funciones» (art. 40.2 EBEP), si bien en este caso la legitimación estará seriamente recortada por la dificultad de reconducir

(49) STS de 2 de marzo de 2015 (rec. 374/2014): «Su legitimación descansa en el interés legítimo que le asiste en cuanto participante en el procedimiento selectivo y, en relación con él, en su derecho a acceder a la función pública. Esa posición jurídica que le habilita para solicitar la tutela judicial no se ve menoscabada por el hecho de que no participara en la nueva celebración de las pruebas ni impugnase las actuaciones en que se concretó ni su resultado. Ni pesaba sobre su recurso judicial ninguna carga relacionada con la necesidad de impugnar las actuaciones derivadas de la resolución de la Rectora ni le obligaba a hacerlo ningún precepto. Tenía, pues, perfecto derecho a acceder a la jurisdicción y hacer valer sus pretensiones a excepción de la de ser declarada candidata inadecuada por las razones que la sentencia señala».

(50) Esta importante Sentencia constitucional reconoció legitimación activa a la Asociación Nacional de Opositores «Justicia y Ley», afirmando *«Es notoria la concordancia de estos fines estatutarios con el objeto del litigio. Y así, existiendo una relación directa entre los fines de la asociación y el concreto motivo en que se fundamentaba la impugnación del acto administrativo, no cabe negar que para la asociación recurrente, en atención a sus fines estatutarios, no es neutral o indiferente el mantenimiento de la norma recurrida. Ciertamente tales fines se refieren a los intereses de los socios y no, sin más, al interés general. Pero cabe observar al respecto tanto que el éxito de la acción impugnatoria comportaba una ampliación de las posibilidades de acceso al empleo público para los asociados, como el hecho de que uno de los mismos había expresado su voluntad de concurrir a la plaza cuya convocatoria se impugnaba por su carácter restringido»*.

su legitimación a la estrecha incidencia en sus funciones de los procedimientos selectivos⁽⁵¹⁾.

Sobre las asociaciones con fines estatutarios ya nos hemos referido a la existencia de agrupaciones de funcionarios en entes locales o de asociaciones corporativas de ámbito nacional que se cuidan de incluir en sus Estatutos cláusulas de vigilancia y control de sus derechos en relación con las convocatorias de concursos y oposiciones.

Por otra parte, la STS del Pleno de 7 de junio de 2005 considera que los afectados por la sentencia, aunque no han sido parte, pueden personarse en el incidente de ejecución⁽⁵²⁾. Eso no quiere decir que el incidente de ejecución sea un incidente de acogida universal puesto que los interesados en el acto impugnado pueden no coincidir con los afectados por las pretensiones estimadas por la sentencia, con lo que no podrían personarse en el incidente⁽⁵³⁾. Y es que la personación en el incidente de ejecución no tiene que ver con el acto originario sino con la sentencia en sí, debiendo examinarse los términos de esta para comprobar si realmente está afectado o no y facilitar en caso positivo su personación⁽⁵⁴⁾. Por ello, el «afectado» no está asimilado al «ejecutante» en cuando a las vicisitudes de sus derechos materiales y derivados de la ejecución, sino exclusivamente en cuando a su derecho a personarse, alegar y en su caso, probar en el curso del incidente de ejecución; en otras palabras, su derecho es autónomo y se sostiene según su propio interés y circunstancias, lo que podrá llevarle o no a beneficiarse de las consecuencias del fallo.

El ATS del 27 de noviembre del 2006 (rec. 309/2004) consideró que es legítimo que quien no ha sido parte si es afectado —participante de procedimiento

(51) El art. 40 EBEP es genérico aunque algunos títulos –organización y métodos de trabajo– pueden dar pie forzado a admitir su legitimación impugnatoria bajo estricta casuística. Es más, lo habitual es que las administraciones locales menores negocien o informen a la Junta de Personal de las ofertas de empleo, convocatorias y criterios de selección, con lo que están admitiendo una legitimación en vía administrativa que será difícil negar en vía contencioso-administrativa.

(52) Esta sentencia reconoce la legitimación a los vecinos de un inmueble para instar la ejecución de una sentencia que anuló una licencia para construir un centro parroquial próximo, acogiendo la sentencia un criterio general que es aplicable a los empleados públicos para instar la ejecución de sentencias que les afecten en su esfera de actuación, cuando afirma aquella que son personas afectadas «aquellas que puedan ver menoscabados o perjudicados sus derechos o sus intereses legítimos por efecto de la ejecución o de la inejecución de la sentencia». Supuso un brusco cambio de timón de jurisprudencia sobre los llamados a la ejecución que desató la voz de alarma doctrinal: José R. RODRÍGUEZ CARBAJO, «Nueva jurisprudencia sobre la legitimación para instar la ejecución de sentencias por quienes no fueron parte en el proceso declarativo. Análisis de la STS de 7 de junio de 2005», en *Actualidad Administrativa*, La Ley-Actualidad, nº 17, octubre 2005, pp. 1638-1646.

(53) Así lo matiza el ATS de 22 de junio de 2005 que a la condición de «afectado» (con interés o vinculación con el objeto del litigio) parece añadir la condición de «impactado» (o sea, lesionado en su situación jurídica por la sentencia).

(54) Cfr. César TOLOSA TRIBIÑO, *El incidente...* cit., p. 193.



Pocos escenarios jurídicos hay tan complejos, conflictivos e inciertos como los de la ejecución de sentencias dictadas en procesos contencioso-selectivos. En esta vertiente del empleo público peligra la armonía entre dos derechos fundamentales, el derecho a la ejecución de sentencias (art. 24 y 117 CE) y el derecho de acceso al empleo público bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 23.2 y 103.3 CE).

Este territorio incidental está sembrado de mal llamada jurisprudencia, por su dispersión y anclaje en viejos dogmas, que provoca medidas tan dispares como creativas: retroacciones formales, tibia lucha contra la discrecionalidad técnica mediante pericias o exigencias de motivación, medidas coercitivas, derechos retributivos alicortos, indemnizaciones a ojo de buen cubero, efectos retroactivos al gusto, imposibilidades de ejecución...

En definitiva, un semillero de problemas mal resueltos, que llevan al autor a efectuar el diagnóstico de las dificultades que afloran en estos incidentes de ejecución y a establecer las bases viables para un cambio de criterios o paradigmas de control jurisdiccional.

La cosecha doctrinal y jurisprudencial la ofrece esta tesis doctoral, felizmente galardonada con el Premio Tesis Doctorales INAP 2019, que de forma sistemática expone los focos de luz sobre tan rica problemática: las pautas constitucionales, las soluciones del derecho comparado, la casuística de los incidentes de ejecución según el aspecto del procedimiento selectivo afectado, la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y como no, la necesaria implicación judicial sin desfallecimiento orientada a la irrenunciable meta de la plenitud del derecho a la ejecución de las sentencias.

