

En ejecución de sentencia estimatoria los tribunales no pueden declarar o reconocer derechos que no han sido planteados en la demanda

La cuestión planteada en el presente recurso consiste en determinar si la ejecución de una sentencia que ha ordenado la retroacción de un proceso selectivo y la repetición de algún ejercicio para los aspirantes comporta, de superarse el mismo con la obtención de plaza o puesto, el derecho del aspirante al percibo de las retribuciones correspondientes a dicha plaza o puesto con efectos al momento en que debió ser inicialmente nombrado.

Tal y como ya ha establecido la Sala al ejecutarse una sentencia que ordena la retroacción de un proceso selectivo, de superarlo, el demandante podrá reclamar las retribuciones dejadas de percibir como lucro cesante, con efectos al momento en que debió ser inicialmente nombrado, pero siempre que así lo haya pretendido y determinado en la demanda como pretensión de indemnización de daños y perjuicios, y así se haya estimado en la sentencia firme.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección 4.ª

Sentencia 1659/2024, de 21 de octubre de 2024

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 3281/2022

Ponente Excmo. Sr. JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ

En Madrid, a 21 de octubre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número 3281/2022 interpuesto por DOÑA Inmaculada, representada por la procuradora doña María Teresa Fernández Tejedor y bajo la dirección técnica de don José Manuel Pérez Morillas, frente al auto de 2 de febrero de 2022, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto contra la providencia de 19 de julio de 2021 en el procedimiento ordinario 505/2019. Ha comparecido como parte recurrida la Administración del Estado, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de doña Inmaculada interpuso el recurso contencioso-administrativo 505/2019 ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional contra la Orden JUS/1087/2018, de 4 de octubre, por la que se publica la relación definitiva de aprobados del proceso selectivo para ingreso, por el sistema general de acceso libre, en el Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia, convocado por Orden JUS/1166/2017, de 24 de noviembre, dimanante a su vez de la Orden JUS/875/2017, de 8 de septiembre.

SEGUNDO.- Dicho recurso fue estimado por sentencia de 23 de septiembre de 2020, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

" Estimar el recurso contencioso-administrativo promovido por D.ª Inmaculada, contra la Orden JUS/1087/2018, de 4 de octubre, por la que se publica la relación definitiva de aprobados del proceso selectivo para ingreso por el sistema general de acceso libre, en el Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia, convocado por Orden JUS/1166/2017 de 24 de noviembre y el previo acuerdo del Tribunal Calificador Único de 23 de julio de 2018, en tanto excluye a la demandante, por no ser conforme a derecho.

" En su lugar se anula la Orden JUS/1087/2018, de 4 de octubre y se acuerda que el Tribunal en el plazo de un mes proceda a realizar a la recurrente el segundo ejercicio de la fase de oposición del cuerpo de tramitación procesal y administrativa, turno libre convocada por orden de JUS/1666/2017, de 24 de noviembre, siguiéndose en su caso los trámites legales hasta la conclusión del procedimiento. Las costas causadas se imponen a la demandada."

TERCERO.- La representación procesal de doña Inmaculada instó la ejecución de la mencionada sentencia y por providencia de 19 de julio de 2021, la Sala declaró que debe entenderse ejecutado el fallo de la sentencia y que la petición que deduce su representada queda al margen de su contenido, debiendo ceñirse dicha petición a lo dispuesto en la sentencia.

CUARTO.- Frente a esa providencia, la recurrente interpuso recurso de reposición que fue desestimado por auto de 2 de febrero de 2022.

QUINTO.- Notificado el auto, por la representación procesal de doña Inmaculada se presentó escrito ante dicha Sala informando de su intención de interponer recurso de casación y, tras justificar en el escrito de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar la normativa a su parecer infringida y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señala en su escrito, la Sala sentenciadora, por auto de 13 de abril de 2022, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personados doña Inmaculada como recurrente y la Administración del Estado como recurrida, la Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 8 de junio de 2023, lo siguiente:

" Primero.- Admitir a trámite el recurso de casación núm. 3281/2022 preparado por la representación procesal de doña Inmaculada contra el auto de 2 de febrero de 2022 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª) de la Audiencia Nacional, recaído en el recurso 505/2019.

" Segundo.- Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, a fin de matizar, precisar, concretar, reforzar o, en su caso revisar la doctrina ya existente plasmada, entre otras, en la sentencia de 25 de mayo de 2021 dictada en el recurso de casación 6814/2019, *estriba en determinar: si la ejecución de una sentencia que ha ordenado la retroacción de proceso selectivo y la repetición de algún ejercicio para los aspirantes, comporta, de superarse el mismo con obtención de plaza o puesto, el derecho del aspirante al percibo de las retribuciones correspondientes a dicha plaza o puesto con efectos al momento en que debió ser inicialmente nombrado.*

" Tercero.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las contenidas en el artículo 103 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en relación con el artículo 24.1 de la CE. Ello sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA."

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 14 de junio de 2023 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

OCTAVO.- La representación procesal de doña Inmaculada evacuó dicho trámite, mediante escrito de 26 de julio de 2023, y su pretensión es la siguiente:

"[Que esta Sala declare]... que la ejecución de una sentencia que ha ordenado la retroacción de proceso selectivo y la repetición de algún ejercicio para los aspirantes, comporta, de superarse el mismo con obtención de plaza o puesto, el derecho del aspirante al percibo de las retribuciones correspondientes a dicha plaza o puesto con efectos al momento en que debió ser inicialmente nombrado, y en consecuencia se ordene se requiera al Ministerio de Justicia, a fin de que abone a mi representada sus retribuciones dejadas de percibir desde el día siguiente a la fecha en que los demás aspirantes fueron nombrados por Orden JUS/1329/2018, de 4 de diciembre"-19 de Diciembre de 2018, hasta la fecha de 16 de Marzo de 2021, fecha a partir de la cual pudo coger posesión de su plaza mi representada, más intereses legales."

NOVENO.- Por providencia de 21 de septiembre de 2023 se acordó tener por interpuesto el recurso de casación y en aplicación del artículo 92.5 de la LJCA, dar traslado a la parte recurrida y personada para que presentase escrito de oposición en el plazo de treinta días, lo que efectuó la Abogacía del Esado mediante escrito de 2 de octubre de 2023, en el que interesó la desestimación del recurso de casación por las razones que expone en su escrito.

DÉCIMO.- Conclusas las actuaciones, considerándose innecesaria la celebración de vista pública, mediante providencia de 19 de julio de 2024 se señaló este recurso para votación y fallo el 15 de octubre de 2024, fecha en que tuvo lugar tal acto y se designó Magistrado ponente al Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- EL PLEITO.

1. Por Orden JUS/1166/2017, de 24 de noviembre, se convocó un proceso selectivo para el acceso por el turno libre al Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia. Doña Inmaculada concurrió a la convocatoria y al concluir no figuró en el anexo I de la Orden JUS/1329/2018, de 4 de diciembre, por la que se nombraban como funcionarios de carrera a los que superaron tal proceso selectivo.

2. Recurrió jurisdiccionalmente su exclusión y el Suplico de su demanda fue este:

" 1. Anular y dejar sin efecto las resoluciones impugnadas...obligando al Tribunal a realizar a la recurrente el segundo ejercicio de la fase de oposición del cuerpo de tramitación procesal y administrativa, turno libre convocada por orden de JUS/1666/2017, de 24 de noviembre, y una vez superado, se sucedan los siguientes trámites administrativos.

(...)

" 6. Adoptar cuántas medidas fueren necesarias para llevar a efecto los anteriores pronunciamientos, con todos los derechos legales, económicos y administrativos inherentes al mismo ".

3. La Sala de instancia dictó la sentencia de 23 de septiembre de 2020, estimatoria de la demanda, cuyo Fallo es el que hemos reproducido en el Antecedente de Hecho Segundo de esta sentencia.

4. En ejecución de esta sentencia, doña Inmaculada realizó el ejercicio segundo, superó el proceso selectivo y se dictó la Orden JUS/231/2021, de 2 de marzo, por la que, en ejecución de sentencia, se le

nombrada funcionaria de carrera, incluyéndola en el anexo I de la Orden JUS/1329/2018, antes citada. En el punto Tercero de dicha Orden JUS/231/2021 se acordó esto:

" Reconocer a la interesada los efectos administrativos y económicos correspondientes desde el día siguiente a la fecha en que los demás aspirantes fueron nombrados por Orden JUS/1329/2018, de 4 de diciembre ".

5. Tras tomar posesión el 12 de abril de 2021, por escrito de 14 de julio de 2021 planteó a la Sala de instancia que no estaba ejecutada la sentencia en cuanto al reconocimiento de los efectos económicos desde la fecha en que se debió tomar posesión con el resto de los integrantes de su promoción, fecha a la que deben retrotraerse las consecuencias económicas. Interesó, por tanto, que se cumpliera tanto la sentencia como la Orden JUS/231/2021, y que se requiriese a la Administración en estos términos:

"... que abone inmediatamente las cantidades adeudadas, incluidos los cómputos correspondientes a las pagas extraordinarias en relación al periodo comprendido entre el día siguiente a la fecha en que los demás aspirantes fueron nombrados funcionarios por Orden JUS 1329/2018, de 4 de diciembre, y la fecha real de toma de posesión efectiva de su mandante que tuvo lugar en fecha 12/04/2021, e inscriba el tiempo de servicio en su hoja de acreditación de datos."

6. La Sala de instancia lo denegó por providencia de 19 de julio de 2021. Entendió que la sentencia estaba ejecutada y que lo pretendido quedaba al margen del fallo. Razonó que lo reconocido fue la antigüedad y los trienios, " *pero en modo alguno se expresó que la demandante devengaría, en caso de resultar aprobada, las retribuciones del periodo en el que no trabajó de forma efectiva por no haber superado la selección. Por lo tanto, la petición de ejecución debe ceñirse a lo dispuesto en la sentencia, excluyendo este último pedimento retributivo* ".

7. Recurrida en reposición la providencia, la Sala lo desestimó por auto de 2 de febrero de 2022, objeto de esta casación, en el que, en síntesis, se razonó lo siguiente:

1.º La sentencia objeto de ejecución no hizo pronunciamiento en materia económica y sus razonamientos se ciñeron a la estimación de la pretensión consistente en realizar nuevamente el segundo ejercicio de la oposición de forma que, de superar el proceso selectivo, los efectos retroactivos se limitasen a la eventual incorporación a la promoción, declaración que no va más allá del reconocimiento de la antigüedad escalafonal y trienios que le hubiera correspondido de haber ingresado en el Cuerpo en el momento de la resolución del procedimiento de selección.

2.º Los efectos económicos que reclamaba ni estaban reconocidos en sentencia, ni eran inherentes a la misma, "quedando fuera de la ejecución". Añade así que la sentencia no podía conceder las retribuciones que reclamaba porque en el Suplico de la demanda limitaba su pretensión a la repetición del segundo ejercicio con los derechos legales, y la sentencia fue congruente con tal pretensión. En definitiva, nunca reclamó la pretensión económica que ahora ejerce y, además, los efectos administrativos fueron declarados de forma condicional para facilitar la ejecución.

8. Admitido el recurso de casación, el auto de admisión dice que tal recurso se ha admitido para que maticemos, precisemos, concretemos, reforcemos o, en su caso, revisemos lo declarado en la sentencia 734/2021, de 25 de mayo (casación 6814/2019), de forma que la cuestión de interés casacional es si la ejecución de una sentencia que ha ordenado la retroacción del proceso selectivo y la repetición de algún ejercicio para los aspirantes, comporta, de superarse el mismo con obtención de plaza o puesto, el derecho del aspirante al percibo de las retribuciones correspondientes a dicha plaza o puesto con efectos al momento en que debió ser inicialmente nombrado.

SEGUNDO.- EL RECURSO DE CASACIÓN.

1. Doña Inmaculada, que consigue plaza tras repetirse un ejercicio, dice que tiene derecho a cobrar las retribuciones desde el mismo momento en que debió de ser nombrada junto con el resto de sus compañeros de promoción, que habían aprobado.
2. De la antigua Sección Séptima de esta Sala, invoca el auto de 28 de enero de 2011 (recurso contencioso administrativo 632/2007) y la sentencia de 12 de marzo de 2007 (casación 4328/2000) en la que se dijo que procede abonar con efectos retroactivos las retribuciones porque tal pronunciamiento está implícito en el fallo de la sentencia, sin necesidad de una declaración expresa en ese fallo.
3. Invoca también y por su interés la sentencia de 31 de marzo de 2010, de esta Sala y Sección (recurso de casación para unificación de doctrina 121/2008), que en un supuesto de responsabilidad patrimonial la propia Administración demandada fue quien sostuvo que los efectos económicos retroactivos deben interesarse en ejecución de sentencia.
4. Centrándose en su caso dice que la Orden JUS/231/2021 antes citada (cfr. Fundamento de Derecho Primero.4), en el punto Tercero, acordó reconocer a la recurrente "los efectos administrativos y económicos correspondientes desde el día siguiente a la fecha en que los demás aspirantes fueron nombrados", por lo que no se entiende que la Audiencia Nacional desconozca el mandato que se hace así la Administración demandada a tenor de lo dispuesto en la sentencia.
5. Siguiendo con los precedentes, invoca también, de este Tribunal Supremo, la sentencia 407/2022, de 31 de marzo (casación 2346/2021), cuyo pronunciamiento se mantiene en la sentencia 550/2022, de 10 mayo (casación 4517/2020). En la primera, que cita otros precedentes, se declaró a efectos administrativos y económicos que, en caso de un acto que pone fin a un proceso selectivo dictado en sustitución de otro anulado judicialmente y que determinó la exclusión de un aspirante, tal acto tiene eficacia retroactiva ex artículo 39.3 de la Ley 30/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 39/2015).
6. Aplicado en su caso lo declarado a efectos casacionales en esa sentencia 407/2022, la sentencia de la Audiencia Nacional que da origen al incidente litigioso reconocía los efectos retroactivos para el supuesto de que aprobase, lo que ha hecho, y tales efectos no cabe disociarlos, tal y como hace el auto impugnado, que los admite para antigüedad y trienios, no para las retribuciones.
7. Por otra parte, el auto impugnado sostiene que en el Suplico de su demanda no pidió los efectos económicos que ahora reclama y a tal efecto se remite a su tenor literal (cfr. supra Fundamento de Derecho Primero.2). Admite que quizás no fue un modelo de claridad expositiva, pero se pidieron los derechos legales y económicos inherentes, y si a ello se unen los efectos retroactivos reconocidos en la sentencia y lo acordado en la Orden JUS/231/2021, no entiende por qué se está discutiendo la ejecutoria.
8. En otro orden, y a efectos de aplicación analógica, invoca la sentencia de esta Sala, antigua Sección Séptima, de 29 de octubre de 2012 (casación 216/2012). Allí se ventilaban los efectos de la anulación de una sanción de separación del servicio de un funcionario y se ordenaba el reintegro al servicio activo y se acordó el devengo de las retribuciones dejadas de percibir durante el tiempo de suspensión, aunque ello no se especificara expresamente en el fallo, por cuanto se trata de una consecuencia natural de tal anulación.

TERCERO.- LA OPOSICIÓN AL RECURSO.

1. Comienza la Abogacía del Estado invocando diversas máximas del Derecho Romano referidas al principio general sobre la congruencia entre las pretensiones y lo resuelto en sentencia, y de ahí concluye la corrección del auto impugnado sobre la base del principio de inmodificabilidad de las sentencias. Añade la cita de la sentencia 10/2013 del Tribunal Constitucional y su auto 354/1982,

referido a que no cabe, en ejecución de sentencia, que la pretensión declarativa hecha en la demanda se transforme en una pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios, cuando no fue adicionada a la declarativa. Tal criterio lo confirma la sentencia de esta Sección de 20 de octubre 2009 (casación 4103/2008).

2. La ejecución ahora pretendida, aparte de no estar amparada por la sentencia objeto de ejecución, se opondría al principio de congruencia con lo pedido en la demanda. Rechaza así la tendencia a hacer peticiones genéricas en las demandas, para que luego "concreten ellos". Bien podría la ahora recurrente haber pedido en la demanda lo que ahora solicita, de ahí que haya reconocido en su recurso " *que los pedimentos que integran el suplico no son un modelo de claridad expositiva* ".

3. En definitiva, los efectos retroactivos quedaron limitados -acorde con las peticiones de la demanda- al plano administrativo o estatutario (reconocimiento de la antigüedad escalafonal y trienios) y " *sin embargo, en materia económica no se hizo pronunciamiento* ", tal y como dice la Sala de instancia.

4. A esto añade que el recurso de casación contra autos dictados en ejecución de sentencia tiene un ámbito muy limitado a tenor del artículo 87.1 c) de la LJCA, esto es, cuando " *resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado* ", límite que recuerda la sentencia 1998/2016, de 7 septiembre, de la Sección Quinta de esta Sala (casación 701/2014).

5. Entiende así que debe confirmarse la doctrina establecida por la sentencia 734/2021, de 25 de mayo, de esta Sección Cuarta (casación 6814/2019), sobre la que nada dice la recurrente por lo que la cuestión de interés casacional debe resolverse aplicando los criterios vigentes desde el Derecho Romano para todos los procesos que -como el contencioso administrativo- se encuentran regidos por el "principio de oportunidad" (sic).

CUARTO.- JUICIO DE LA SALA.

1. El auto de admisión centra la cuestión de interés casacional en que esta sentencia se pronuncie sobre si se mantiene, rectifica o se matiza lo declarado en la sentencia 734/2021 que, dicho sea de paso, no dice nada nuevo. En ella se recordaba un principio procesal básico: que los tribunales juzgan dentro de las pretensiones de las partes, lo que no es sino un cabal entendimiento del principio de congruencia procesal (cfr. artículo 33.1 de la LJCA).

2. Ese límite muestra que, junto con los hechos, la parte fundamental de una demanda es el suplico o *petitum*, en el que se "fijará con claridad y precisión lo que se pida" (cfr. artículo 399.1 in fine de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en adelante, LEC). Y lo "que se pida" en el proceso contencioso-administrativo son las pretensiones de los artículos 31 y 32 de la LJCA, de las que nos fijamos en dos: una indispensable, la de anulación, y otra que queda a la disposición y determinación de la parte: la de " *... reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda* ".

3. A propósito del caso, el auto de admisión exige que nos pronunciemos sobre una cuestión muy concreta: un demandante concurre a un proceso selectivo como aspirante a una plaza funcional y resulta o excluido, o suspendido. Impugna el acto que así le perjudicó, la sentencia es estimatoria y el tribunal ordena que el proceso selectivo, para él, se retrotraiga y para que sea examinado. El demandante lo supera y al cabo del tiempo -años- por fin ingresa en el cuerpo o escala al que aspiraba.

4. En este caso se plantea -dentro de las consecuencias administrativas y económicas inherentes derivadas de los efectos retroactivos que ordena la sentencia-, si la superación tardía del proceso selectivo implica como efecto inherente el derecho a percibir las retribuciones que dejaron de

percibirse por haber sido excluido o suspendido indebidamente a ese aspirante, aun cuando no hubiera sido una pretensión expresamente planteada en la demanda.

5. Pues bien, las consecuencias administrativas o económicas son inherentes por una razón obvia. Es obvio porque con varios años de retraso el demandante ingresa en la Administración pública, se integra en un cuerpo o escala, se le escalafona, se le reconoce una antigüedad y, con toda seguridad devenga, al menos, un trienio que tiene que percibir en nómina. Es la retroactividad derivada de la declaración de nulidad del acto impugnado lo que exige recomponer la vida estatutaria del funcionario: con ese efecto retroactivo se acude a la ficción de tenerle como si hubiera ingresado años antes, con el resto de los aspirantes que, en su momento, sí superaron el proceso selectivo.

6. Distinto es el pago de las retribuciones dejadas de percibir durante esos años. Percibir las es una pretensión lógica derivada del principio de indemnidad, luego es reclamable que se indemnice el daño consistente en un lucro cesante, pero esa reparación no es un efecto inherente hasta el punto de eximir de la carga procesal de reclamarla expresamente. Se trata de una pretensión de la que dispone el perjudicado, es un daño personal, desde luego indemnizable, pero no ante la reconstrucción de su vida estatutaria que sí es una consecuencia insoslayable por razón del efecto retroactivo de la declaración de nulidad, todo para la correcta inserción del demandante en un régimen estatutario.

7. La recurrente cita el auto de 28 de enero de 2011 (recurso contencioso administrativo 632/2007), de la antigua Sección Séptima, que ciertamente declaró la inherencia de una pretensión como la ahora litigiosa, pero también es cierto que lo hace sin especial razonamiento y sin contrastarlo con las exigencias expuestas en los anteriores puntos de este Fundamento de Derecho. Y la sentencia de 12 de marzo de 2007 (casación 4328/2000), de la misma Sección, también citada, responde a unos complejos hechos que no se ajustan a lo ahora planteado.

8. Repárese que, en otro orden, podrá haber daños que se deban resarcir al perjudicado por ministerio de la ley, sin necesidad de reclamarlos, como pueden ser, por ejemplo, los intereses legales u otros casos contemplados en el ordenamiento jurídico. Pero este no es el de autos: ese lucro cesante -como puedan ser los daños morales- por su naturaleza indemnizatoria no se impone por ministerio de la ley, luego, o lo reclama el perjudicado, o no tiene por qué acordarlo de oficio la Administración demandada y condenada, ni ordenarlo el tribunal, de ahí que con "claridad y precisión" (artículo 399.1 in fine LEC), junto con la pretensión de nulidad "también" (artículo 31.2 LJCA) deba pretender esa indemnización por daños y perjuicios.

9. Desde luego que de no hacerlo no por ello se pierde la posibilidad de reclamar ese resarcimiento; ahora bien, es obvio que lo mejor es reclamarlo en la demanda, no ya por economía y ahorro de esfuerzos, sino porque no hacerlo no deja más salida que reclamar desde la lógica de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones. Y metidos en esa lógica conviene apuntar que la nulidad de un acto no comporta necesariamente el derecho a ser resarcido, es decir, que haya daño no supone que sea antijurídico: puede que la negativa de la Administración hubiera sido razonable, defendible (cfr. artículo 32.1. segundo de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen Jurídico del Sector Público).

QUINTO.- RESOLUCIÓN DE LAS PRETENSIONES.

1. Conforme a lo expuesto y a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA reiteramos lo declarado en la sentencia 734/2021, de 25 de mayo (casación 6814/2019), y declaramos que al ejecutarse una sentencia que ordena la retroacción de un proceso selectivo, de superarlo, el demandante podrá reclamar las retribuciones dejadas de percibir como lucro cesante, con efectos al momento en que debió ser inicialmente nombrado, pero siempre que así lo haya pretendido y determinado en la demanda como pretensión de indemnización de daños y perjuicios, y así se haya estimado en sentencia firme.

2. En este caso ya hemos visto que lo pretendido por la recurrente fue la realización del segundo ejercicio y para ello "[a] *doptar cuántas medidas fueren necesarias para llevar a efecto los anteriores pronunciamientos, con todos los derechos legales, económicos y administrativos inherentes al mismo*". Y también hechos dicho que la sentencia fue estimatoria con el alcance de anular la resolución que no la incluía entre los aprobados y se ordenaba que realizase el segundo ejercicio "*... siguiéndose en su caso los trámites legales hasta la conclusión del procedimiento*"

3. La recurrente, ni intentó la aclaración de la sentencia, ni que se completase el fallo de la misma, que se extendía hasta la conclusión del procedimiento selectivo y fue la Administración, de oficio y por las razones ya expuestas, quien precisó las consecuencias administrativas y económicas inherentes. Por tanto, ni la sentencia podía declarar y reconocer el derecho de la recurrente a ser indemnizada en los términos que ahora pretende, razón por lo que quiebra el presupuesto para atacar un auto dictado en ejecución de sentencia.

4. Sólo cabe añadir que en su demanda pretendió una medida cautelar y la Sala de instancia al denegar la concurrencia de un *periculum in mora* lo hizo en términos ajenos a lo que ahora se plantea. Y en el Otrosí de su demanda -siempre respecto de la medida cautelar- la recurrente sólo hizo referencia a que reiteraba su pretensión de volver a ser examinada "*... que se acuerde el recibimiento a prueba sobre los anteriores puntos, con todos los efectos legales, administrativos y económicos que procedan en derecho acordando la adopción de la medida cautelar solicitada...*", lo que nos devuelve al principio.

5. En consecuencia, nunca hubo una pretensión indemnizatoria concretada en el pago de las retribuciones dejadas de percibir, a modo de lucro cesante. Al haberlo así entendido el auto impugnado y, antes, la providencia de 19 de julio de 2021, se desestima el recurso de casación y se confirma el auto de 2 de febrero de 2022.

SEXTO.- COSTAS.

1. En cuanto a las costas, vistos los términos de lo debatido en autos, no se aprecia temeridad ni mala fe en ninguna de las partes en este recurso de casación.

2. Por tanto, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad (artículo 139.3 de la LJCA, en relación con el artículo 93.4).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, conforme a lo declarado en el Fundamento de Derecho Quinto.1de esta sentencia,

PRIMERO.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de DOÑA Inmaculada contra el auto de 2 de febrero de 2022, dictado en ejecución de sentencia por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo 505/2019, auto que se confirma.

SEGUNDO.- En cuanto a las costas, estese a lo declarado en el último Fundamento de Derecho.

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

Así se acuerda y firma.