

SUSPENSIÓN DE CONVOCATORIA PARA EL INGRESO EN EL CUERPO DE INSPECTORES DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL (PROMOCIÓN INTERNA HORIZONTAL) COMO MEDIDA CAUTELAR (II)

(Comentario al Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo
Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, de 5 de diciembre de 2008,
núm. 228/2008) *

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

Doctor en Derecho. Universidad de Salamanca

Extracto:

ACCESO a la función pública. Convocatorias públicas y selección de personal. Medidas cautelares. Solicitud de suspensión de la Orden TIN/1537/2008, de 23 de mayo, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social por el sistema de promoción interna al permitirse el acceso a la totalidad de las funciones públicas legalmente reservadas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de quienes únicamente se han visto sometidos a una prueba de conocimientos sobre prevención de riesgos laborales, el 10 por 100 del total de temas exigidos en el programa para el ingreso en el Cuerpo. Se acuerda la suspensión de la Orden de convocatoria, ya que una eventual sentencia estimatoria de la pretensión ejercitada sería muy difícil de ejecutar si cuando la misma se dicte ya se han consumado las situaciones que pudieran derivarse de la celebración del proceso selectivo previsto en dicha Orden.

Palabras clave: acceso a la función pública, promoción interna, Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, pruebas selectivas, suspensión y medidas cautelares.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 312, marzo 2009 o en *Normacef Socio-Laboral*.

Sumario

1. Planteamiento.
2. Supuesto de hecho y cuestión debatida.
 - 2.1. Aspectos fundamentales de la Orden de convocatoria.
 - 2.2. Finalidad de la medida cautelar.
 - 2.3. Criterios para la adopción de medidas cautelares.
3. Examen del Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, de 5 de diciembre de 2008, núm. 228/2008.

1. PLANTEAMIENTO

El Sindicato de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social impugna ante la Audiencia Nacional la Orden del Ministerio de Trabajo e Inmigración TIN/1538/2008, de 23 de mayo, por la que se convocan pruebas selectivas para ingreso en el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, por el sistema de promoción interna, y solicita la suspensión de dicha Orden. Por entender, entre otros, que la ejecutividad del acto impugnado produce un grave perjuicio a los intereses legítimos colectivos, en cuanto permite el acceso a dicho Cuerpo a quienes legalmente carecen de la preparación técnica legalmente exigida, con el grave perjuicio para el propio funcionamiento de la Inspección.

2. SUPUESTO DE HECHO Y CUESTIÓN DEBATIDA

2.1. Aspectos fundamentales de la Orden de convocatoria.

La Orden TIN/1538/2008, de 23 de mayo, por la que se convocan pruebas selectivas para ingreso en el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, por el sistema de promoción interna ¹, conocida como convocatoria de promoción interna horizontal, convoca 70 plazas ², en la que se ha tenido presente lo dispuesto en el Real Decreto 66/2008, de 25 de enero, por el que se aprueba la oferta de empleo público para 2008 ³. Establece en su artículo 6.4 y anexo la necesidad de recursos humanos para el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, en la que ofertan un total de 70 plazas para Inspectores, en la que 66 pertenecen al cupo general y 4 de reserva para discapacitados. Fundamentándose por lo dispuesto en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública ⁴, en su artículo 22.2, al señalar que a propuesta

¹ BOE n.º 134, de 3 de junio de 2008.

² En este apartado se incluyen los aspectos fundamentales de la convocatoria corroborados con la corrección de errores a través de la Orden TIN/2370/2008, de 1 de agosto, por la que se corrigen errores de la Orden TIN/2125/2008, de 14 de julio, por la que se convocan pruebas selectivas para ingreso en el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social (BOE n.º 191, 8 de agosto de 2008).

³ BOE n.º 306, de 30 de enero de 2008.

⁴ BOE n.º 185, de 3 de agosto de 1984.

del Ministro de Administraciones Públicas, el Gobierno podrá determinar los Cuerpos y Escalas de la Administración del Estado a los que podrán acceder los funcionarios pertenecientes a otros de su mismo Grupo siempre que desempeñen funciones esencialmente coincidentes o análogas en su contenido profesional y en su nivel técnico, se deriven ventajas para la gestión de los servicios, se encuentren en posesión de la titulación requerida, hayan prestado servicios efectivos durante al menos dos años como funcionarios de carrera en Cuerpos o Escalas del mismo Grupo de titulación al del Cuerpo o Escala al que pretendan acceder y superen las correspondientes pruebas.

El proceso selectivo se realizará mediante el sistema de concurso-oposición para los aspirantes con las valoraciones, ejercicios y puntuaciones que se especifican en la Orden, el cual incluirá la superación de un curso selectivo. Para la realización de este, los aspirantes que hayan superado la fase de oposición serán nombrados funcionarios en prácticas por la autoridad convocante.

Los principales requisitos para poder participar en la convocatoria, aparte de poseer la nacionalidad española, son:

- a) Pertenecer como funcionario de carrera a alguno de los Cuerpos o Escalas, del Subgrupo A1, de cualquier Administración Pública incluidas en el artículo 2.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP) ⁵, es decir, formar parte en alguna de las siguientes Administraciones: Administración General del Estado, Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, Administraciones de las Entidades Locales, Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas y Universidades Públicas.
- b) Pertenecer como funcionario de carrera a alguno de los Cuerpos o Escalas Postales y Telegráficos, adscritos al Subgrupo A1, que estén habilitados para el ejercicio de funciones de nivel superior para la evaluación de los riesgos y el desarrollo de la actividad preventiva, de acuerdo con el artículo 37.2 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP) ⁶. Es decir, que el opositor cuente con una titulación universitaria y posea una formación mínima con el contenido que se especifica en el programa a que se refiere dicha norma, en el anexo VI, cuyo desarrollo tendrá una duración no inferior a 600 horas y una distribución horaria adecuada a cada proyecto formativo.
- c) Haber prestado servicios efectivos, durante al menos dos años, como funcionario de carrera en Cuerpos o Escalas de cualquier Administración Pública del Subgrupo A1, o en Cuerpos o Escalas Postales y Telegráficos, adscritos al Subgrupo A1, referidas a la fecha de publicación de la Orden de convocatoria.
- d) Presentar un currículum vitae profesional, y la certificación expedida por la entidad formativa autorizada o la certificación de formación equivalente expedida por el órgano administrativo competente, que habilite para el ejercicio de las funciones de nivel superior.

⁵ BOE n.º 89, de 13 de abril de 2007.

⁶ BOE n.º 27, de 31 de enero de 1997.

- e) Aportar certificación acreditativa de los años de servicios prestados en los Cuerpos o Escalas del Subgrupo A1.

El proceso de selección constará de tres fases:

- a) Fase de oposición: se desarrollará a través de dos ejercicios.

Primer ejercicio: consistirá en el desarrollo por escrito, de dos temas, de entre los tres propuestos, de carácter transversal, relacionados con las materias de Conceptos Generales de Prevención, Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial, Ergonomía y Psicología Aplicada.

Segundo ejercicio: consistirá en la elaboración por escrito sobre un supuesto o caso práctico, de un dictamen de Seguridad en el Trabajo e Higiene Industrial, en el que se podrán utilizar los textos legales facilitados por el Tribunal.

- b) Fase de concurso: consistirá en la valoración de méritos, tales como la antigüedad, trabajo desarrollado y cursos de formación. El cual tendrá carácter de no eliminatorio.
- c) Fase Curso Selectivo de Formación: esencialmente de carácter teórico-práctico, tendrá como finalidad primordial la adquisición de conocimientos en orden a la preparación específica teórica y práctica de los aspirantes para el mejor desempeño de la función inspectora. Versará sobre las materias que se consideran necesarias en orden al ejercicio de las funciones propias del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, en especial, sobre Derecho del Trabajo, Seguridad Social, Procedimiento Administrativo, Actuación Inspectora, sus aspectos prácticos, y las aplicaciones informáticas de utilización.

2.2. Finalidad de la medida cautelar.

La finalidad de la medida cautelar es, exclusivamente, asegurar la efectividad de la sentencia o del resultado del proceso cuando sea necesario ⁷. Y la trascendencia de la ponderación de todos los intereses en conflicto, generales o de terceros, cuya frecuente tensión, por hallarse habitualmente enfrentados, entre otros, los de efectividad de la decisión judicial y los de eficacia administrativa ⁸, ha de remediarse en base de ponderar, casuísticamente, su preeminencia o prevalencia, en vista de la dificultad de fijar reglas generales ⁹. Dicho en otros términos, la medida cautelar tiene por objeto asegurar los resultados del proceso y evitar que la sentencia que, en su momento se dicte, no pueda ser llevada a puro y debido efecto ¹⁰.

⁷ ATS de 25 de septiembre de 2000.

⁸ A los que hace referencia los artículos 24.1 y 103 de la CE.

⁹ ATS de 9 de marzo de 1999.

¹⁰ ATS de 8 de mayo de 2001.

Cabe recordar que, la Exposición de Motivos de la anterior Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo (LRJCA) ¹¹, señalaba que a la hora de juzgar sobre la procedencia de la suspensión habría de considerarse, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego. Lo que imponía examinar el grado de dicho interés, para adoptar la pertinente resolución sobre la suspensión de la ejecución, aunque sin poder prejuzgar la cuestión de fondo, al no ser el incidente de suspensión cauce procesal idóneo para decidir sobre la que es objeto del litigio ¹².

Dicho en otros términos, la antigua ley reguladora de esta materia no hacía ninguna reseña sobre las medidas cautelares, salvo lo concerniente a la suspensión del acto administrativo impugnado a que hacía referencia en el artículo 122 ¹³. Por lo que ha sido el Alto Tribunal el que ha reconocido, mediante la figura doctrinal del *fumus boni iuris*, la aplicabilidad de las medidas cautelares, en general, en competencia de lo contencioso-administrativo ¹⁴. El Tribunal Constitucional, a su vez, ha afirmado que la tutela judicial efectiva no es tal sin medidas cautelares que aseguren el cumplimiento efectivo de la sentencia ¹⁵.

En este sentido, lo confirma la Exposición de Motivos de la, actual, LRJCA al señalar que «la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario».

2.3. Criterios para la adopción de medidas cautelares.

Los criterios que han de tenerse en cuenta para resolver la adopción de medidas cautelares se centran en los siguientes ¹⁶:

- a) Necesidades de justificación, pruebas –incluso incompletas– o indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al órgano jurisdiccional efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. En consecuencia, la simple alegación, sin prueba alguna, no permitiría estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado o la vigencia de la disposición impugnada pueda ocasionar perjuicios, ni mucho menos que estos sean de difícil o imposible reparación ¹⁷. En este contexto, el interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

¹¹ Data del año 1956.

¹² AATS de 19 de mayo y 12 de noviembre de 1998, y de 28 de enero de 1999.

¹³ Artículo 122 de la antigua LRJCA «La interposición del recurso contencioso-administrativo no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición objeto del mismo, salvo que el Tribunal acorde, a instancia del actor, la suspensión».

¹⁴ SSTS de 20 de diciembre de 1990 y 17 de enero de 1991.

¹⁵ SSTC 14/ 92 y 238/92.

¹⁶ STS de 22 de julio de 2002.

¹⁷ ATS de 3 de junio de 1997.

- b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De manera que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha manifestado que el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal ¹⁸.
- c) Que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, lo que se conoce como *periculum in mora* ¹⁹, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Por lo que ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. No obstante, se debe tener en cuenta que la finalidad legítima se deriva de la prestación formulada ante los órganos jurisdiccionales.
- d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. Dicho en otros términos, a la hora de juzgar sobre la procedencia de la suspensión se debe ponderar, primordialmente, la medida en que el interés público exija la ejecución, para poder otorgarla, con mayor o menor amplitud, según el grado en que este interés esté en juego. Por consecuencia, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Como ha puesto de manifiesto el Alto Tribunal al señalar que cuando las exigencias de la ejecución que el interés público presenta sean tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia sea de gran intensidad, solo bastará perjuicios de elevada consideración para poder determinar la suspensión de la ejecución del acto ²⁰.
- e) La apariencia de buen derecho, conocido como *fumus boni iuris*, supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. En consecuencia, permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

En relación con este requisito, es importante señalar que la LRJCA no hace expresa referencia, por la que su aplicación queda confiada a la jurisprudencia ²¹ y al efecto reflejado de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) ²² que sí alude a ese criterio al señalar que solo podrán acor-

¹⁸ STC 148/1993 y ATS de 20 de mayo de 1993.

¹⁹ AATS de 21 de junio de 1999; y 4 y 31 de octubre de 2000.

²⁰ ATS de 3 de junio de 1997.

²¹ STS de 21 de junio de 2006. Reconocida incluso en el ámbito comunitario en el caso Factortame STJCE de 19 de junio de 1990 (Asunto C-312/89). En este mismo sentido, sentencias Zuckerfabrick de 21 de febrero de 1991 (Asuntos C-143/88 y C-92/89) y Atlanta de 9 de septiembre de 1995 (Asunto T-359/94, R II).

²² BOE n.º 7, de 8 de enero de 2000.

darse medidas cautelares en el supuesto que quien las solicita justifique, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. En el que no se podrán acordar las medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que este justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces²³.

Sin embargo, la Audiencia Nacional nos recuerda que²⁴ debe hacerse una aplicación mucho más matizada de la doctrina del *fumus boni iuris*, utilizándola en determinados supuestos –de nulidad de pleno derecho– siempre que sea manifiesta de actos dictados en cumplimiento, o en la ejecución de una disposición general declarada nula, o de la existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o de la presencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración Pública opone una resistencia contumaz²⁵.

Dicho en otras palabras, nos advierte de la prudencia que se debe tener a la hora de aplicar la apariencia de buen derecho, puesto que debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro, ya anulado jurisdiccionalmente. Pero no al hecho de predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, ya que de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo. De manera que, por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también, fundamental, y recogido en el artículo 24 de la Constitución Española (CE)²⁶, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, en vista de que el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito²⁷.

3. EXAMEN DEL AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 4.ª, DE 5 DE DICIEMBRE DE 2008, NÚM. 228/2008

El Sindicato de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social impugna mediante recurso contencioso-administrativo la Orden de convocatoria para la promoción interna horizontal; y solicita, a su vez, la suspensión de aquella basándose en las siguientes argumentaciones:

- a) La suspensión se justifica dada la ausencia, a primera vista, de apariencia de legalidad de la convocatoria, puesto que se convocan pruebas selectivas por el sistema de promoción interna horizontal para el ingreso en el Cuerpo de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, abiertas a cualquier cuerpo o escala subgrupo A1. Lo que significa que pueden participar todos aque-

²³ Artículo 728 de la LEC.

²⁴ AAN de 5 de diciembre de 2008.

²⁵ ATS de 14 de abril de 1997.

²⁶ BOE n.º 311, de 29 de diciembre de 1978.

²⁷ AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995, y STS de 14 de enero de 1997.

- Los funcionarios para los que se exige licenciatura universitaria, sin tener en cuenta las funciones que se le atribuyen, pudiendo concurrir los funcionarios integrantes de la Escala Superior del Cuerpo Técnico de Seguridad Nuclear y Protección Radiológica del Consejo de Seguridad Nuclear o los del Cuerpo Superior de Ingenieros Agrónomos del Estado.
- b) El único requisito adicional es estar habilitado para el ejercicio de funciones de prevención de riesgos laborales de nivel superior, por lo que se exige haber superado un curso homologado de 600 horas sobre las materias establecidas en el artículo 37.2 del RSP.
 - c) Los únicos conocimientos exigidos sobre los que tratan las pruebas selectivas son, precisamente, los que se exigen para la obtención de la habilitación para el nivel superior de prevención de riesgos laborales, cuando las funciones y facultades que por norma con rango de ley están atribuidas a los Inspectores de Trabajo son más amplias, y, por ello, el programa para el ingreso en el cuerpo comprende 300 temas de todas estas materias, siendo el correspondiente a la prevención de riesgos laborales menos del 10 por 100 del total.
 - d) Una convocatoria de estas características permite acceder a la totalidad de las funciones públicas legalmente reservadas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para quien meramente se ha visto sometido a una prueba de conocimientos sobre prevención de riesgos laborales, en el que ni en las pruebas de acceso a su Cuerpo de origen ni en el proceso selectivo correspondiente a la promoción interna se le exijan los conocimientos propios de las funciones del Cuerpo de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social. Por consecuencia, quiebra de raíz los principios constitucionales de mérito y capacidad cobijados en el artículo 23 de la CE, así como de eficacia y satisfacción del interés general como fundamento de la actividad de la Administración Pública reconocida en el artículo 103.1 de la Carta Magna.
 - e) La ejecutividad del acto impugnado produce un grave perjuicio a los intereses legítimos colectivos, en cuanto permite el acceso al Cuerpo a quienes legalmente carecen de la preparación técnica legalmente exigida, con el grave perjuicio para el propio funcionamiento de la Inspección; lo que manifiestamente repercute en la prestación de sus funciones por los Inspectores como para el prestigio profesional del propio colectivo.
 - f) El propio interés público resulta gravemente perjudicado en caso de no suspenderse la convocatoria, dada la labor esencial que para el interés general y la comunidad cumple la Inspección de Trabajo como garante del cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social, protegiendo a los trabajadores frente a lesiones de sus derechos constitucionales y legales como consecuencia de los incumplimientos de los empresarios.
 - g) Finalmente, alega que la suspensión no ocasionaría perjuicios actuales a terceros ni a la propia Administración Pública, en el que podrá acordarse la medida solicitada previa valoración circunstanciada, de la Audiencia Nacional, de todos los intereses en conflicto; y, únicamente, cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso conforme lo señalado en el artículo 130.1 de la LRJCA.

La Audiencia Nacional, a la hora de acordar la suspensión de la ejecutividad de la Orden de convocatoria, aplicó los criterios para la adopción de medidas cautelares, antes expuestos, en el cual

señala, expresamente, que no se aprecia una nulidad manifiesta de la convocatoria impugnada, en vista de que las cuestiones planteadas en orden a la declaración de nulidad de la misma tendrán que ser objeto de profundo análisis y valoración en la definitiva.

No obstante, manifiesta que sí se suscitan dudas razonables sobre el ajuste a la legalidad de dicha Orden. En consecuencia, al ser una eventual sentencia estimatoria de la pretensión ejercitada resultaría muy difícil de ejecutar si cuando la misma se dicte ya se han consumado las situaciones que pudieran derivarse de la celebración del proceso selectivo previsto en la convocatoria. Por lo que sería extremadamente complejo restaurar el estado anterior a dicha ejecución respecto de aquellos participantes que pudieran haber superado las pruebas de acceso al Cuerpo de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social por el sistema de promoción interna, mientras el recurso contencioso-administrativo contra la Orden de convocatoria estuviera sustanciándose, por lo que deberían ser removidos de los puestos adjudicados, con los consiguientes perjuicios que ello causaría.

Bajo este contexto, la Audiencia Nacional observa la existencia de un evidente *periculum in mora* por lo que procede a suspender la ejecutividad de la Orden de convocatoria de promoción interna horizontal, en vista de que la ejecución del interés público presenta una elevada consideración. Aunado al hecho que el criterio fundamental elegido, de los antes analizados, para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso ²⁸.

A pesar de que el Auto de la Audiencia Nacional se dictó el 5 de diciembre de 2008, ya se había celebrado el primer ejercicio de la convocatoria de la fase de oposición, a mediados del mes de noviembre. Consistía en desarrollar por escrito, dos temas, de entre los tres propuestos sobre Conceptos Generales de Prevención, Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial, Ergonomía y Psicología Aplicada. Es lamentable que el órgano jurisdiccional se haya pronunciado después de haberse realizado dicho ejercicio, en el sentido del posible esfuerzo inútil que hayan podido tener los opositores en presentarse a la realización del primer ejercicio, y en el supuesto que la Audiencia Nacional declarase la nulidad de la Orden de convocatoria y, por ende, los opositores aprobados vean frustrados sus esfuerzos fruto de la ilegalidad de la convocatoria.

Bajo este contexto, el legislador señala que, levantada la medida cautelar por sentencia o por cualquier otra causa, el perjudicado (Administración Pública o persona que pretendiere tener derecho) tiene derecho a la indemnización de los daños sufridos, que tendrá que solicitarla ante el mismo órgano jurisdiccional que la acordó, a través del trámite de los incidentes, dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento, el cual se sustanciará por pieza separada ²⁹. En el caso que no lo formulase, dentro de dicho plazo, se entenderá que renuncia a la misma ³⁰.

²⁸ AATS de 22 de marzo y 31 de octubre de 2000.

²⁹ Artículo 137 de la LRJCA.

³⁰ Artículo 133.3 de la LRJCA.