

## SUSPENSIÓN DE CONVOCATORIA PARA EL INGRESO EN EL CUERPO DE INSPECTORES DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL (OPCIÓN MIXTA) COMO MEDIDA CAUTELAR (I)

(Comentario al Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo  
Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, de 20 de noviembre de  
2008, núm. 249/2008) \*

**DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO**

*Doctor en Derecho. Universidad de Salamanca*

### **Extracto:**

**A**CCESO a la función pública. Convocatorias públicas y selección de personal. Medidas cautelares. Solicitud de suspensión de la Orden del Ministerio de Trabajo e Inmigración 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. Alegación de existencia de una apariencia de buen derecho por la infracción de varios artículos de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en cuanto que se crea una rama jurídica y otra técnica, dos escalas, a través de un simple acuerdo administrativo sin norma legal que lo ampare, permitiéndose el acceso a la condición de Inspectores de Trabajo realizando todas las funciones inherentes a la Inspección sin acreditar conocimientos propios del mencionado Cuerpo, no guardando relación los conocimientos exigidos en la convocatoria para la rama técnica con lo característico de dicho Cuerpo. Se acuerda la suspensión de la Orden de convocatoria a la vista de la existencia de un indiscutible *periculum in mora*.

**Palabras clave:** acceso a la función pública, 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. 311, febrero 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. Pretensión del Sindicato de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y defensa del Abogado del Estado.
    - 2.2.1. Regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo.
    - 2.2.2. Requisitos esenciales para acordar las medidas cautelares.
3. Examen del Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>, de 20 de noviembre de 2008, núm. 249/2008.

## 1. PLANTEAMIENTO

El Sindicato de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social solicita ante la Audiencia Nacional la suspensión de la Orden del Ministerio de Trabajo e Inmigración 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, alegando la existencia de una apariencia de buen derecho al vulnerar aquella Orden varios artículos de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Al haberse creado dos ramas, jurídica y técnica, a través de un simple acuerdo administrativo sin norma legal que lo ampare. Aunado a que, la Orden permite que se acceda a la condición de Inspectores de Trabajo realizando todas las funciones inherentes a la inspección sin acreditar conocimientos propios de dicho Cuerpo, no guardando relación los conocimientos exigidos en la Orden para la opción técnica con lo característico de este Cuerpo. En el que alude a un *periculum in mora* derivado de los efectos de una sentencia estimatoria sobre los funcionarios que hayan accedido al Cuerpo de Inspectores por esta vía de acceso.

## 2. SUPUESTO DE HECHO Y CUESTIÓN DEBATIDA

### 2.1. Aspectos fundamentales de la Orden de convocatoria.

En 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 <sup>1</sup>, conocida como la convocatoria de opción mixta, se convocan 70 plazas por el sistema general de acceso libre. De las cua-

<sup>1</sup> BOE n.º 173, de 18 de julio de 2008.

les 40 corresponderán a la opción técnica y 30 a la opción jurídica, en la que los aspirantes solo podrán participar en una de las dos opciones señaladas <sup>2</sup>.

El proceso de selección constará de dos fases:

a) Fase de oposición: Se desarrollará a través de 4 ejercicios.

- Primer ejercicio: Consistirá en el desarrollo por escrito, por una parte, de un tema, de entre los dos sacados a la suerte, uno de ellos de los bloques primero (Organización Político-Administrativa) y tercero (Sociología); y el otro de los bloques segundo (Economía) y cuarto (Medio Ambiente) de los que conforman el primer ejercicio según temario que figura en el anexo II. «Programa del Proceso Selectivo para ingreso en el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social. Primer ejercicio de la Orden de convocatoria» <sup>3</sup>, y por otra, en la contestación de 10 preguntas sobre dicho temario.
- Segundo ejercicio: Consistirá en la realización por escrito de dos supuestos, el primero de ellos, sobre Derecho del Trabajo y Seguridad Social o de Seguridad y Salud Laboral, según la opción que se haya elegido, relacionado con las materias del programa correspondientes al anexo II, y el segundo, un supuesto común para ambas opciones, relacionado con la gestión y solución de situaciones de conflicto <sup>4</sup>.
- Tercer ejercicio: Consistirá en la exposición oral de cuatro temas, de entre los seis sacados a la suerte, de los siguientes grupos del temario que figura en el anexo II. «Programa del Proceso Selectivo para ingreso en el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social. Segundo ejercicio de esta convocatoria». En el caso

<sup>2</sup> En este apartado se incluyen los aspectos fundamentales de la convocatoria corroborados con la corrección de errores a través de la Orden TIN/1843/2008, de 19 de junio, 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 154, de 26 de junio de 2008).

<sup>3</sup> Según la nota informativa de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de 29 de julio de 2008, señala que el contenido de los temas correspondientes al primer bloque Organización Político-Administrativa se han confeccionado siguiendo, en líneas generales, los temas que en la actualidad se exigen en la oposición al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social. Los temas correspondientes al segundo bloque Sociología presentan las similitudes con los temas de sociología para el proceso selectivo de ingreso en el Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado (Convocatoria BOE de 4 de abril de 2008). Los temas referentes al sindicalismo presentan coincidencias con la convocatoria de las pruebas selectivas de acceso al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social (Convocatoria BOE de 18 de abril de 2008). Los temas correspondientes al tercer bloque Economía General y Española guardan relación con los existentes en las dos convocatorias antes mencionadas. Los temas correspondientes al cuarto bloque Medio Ambiente guardan relación con el temario del proceso selectivo para ingreso por el sistema de acceso libre en la Escala de Técnicos Facultativos Superiores de Organismos Autónomos del Ministerio de Medio Ambiente (Convocatoria BOE de 13 de junio de 2008).

<sup>4</sup> La nota informativa de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de 29 de julio de 2008, establece que el contenido de los temas de la Opción Jurídica son coincidentes con los de la convocatoria de las pruebas selectivas de acceso al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social (Convocatoria BOE de 18 de abril de 2008). Mientras que los temas de la Opción Técnica guardan similitud con los del temario de la convocatoria por la que se convoca proceso selectivo para ingreso por el proceso de acceso libre en la Escala de Titulados Superiores del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (Convocatoria BOE de 24 de julio de 2008).

de la opción jurídica, dos temas de Derecho del Trabajo, Relaciones Laborales Individuales y Colectivas y Derecho Sindical; y dos temas de Seguridad Social. En la opción técnica, dos temas sobre Conceptos Generales de la Prevención de Riesgos Laborales e Higiene Industrial; y dos temas de Seguridad en el Trabajo y Ergonomía y Psicología Aplicada.

- Cuarto ejercicio: Con carácter obligatorio y eliminatorio se realizará un examen sobre conocimiento de idiomas. La prueba consistirá en la traducción escrita directa, sin diccionario, de un texto escogido por el Tribunal.
- b) Fase de curso selectivo: Los aspirantes que hayan superado la fase de oposición serán nombrados funcionarios en prácticas por el Ministerio de Trabajo e Inmigración. En esta fase solo accederán los aspirantes que hayan superado la fase de oposición, independientemente de que el número de estos sea mayor que el de plazas convocadas. A la Escuela de Formación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social le corresponde la organización, dirección, supervisión de la impartición y evaluación del curso selectivo de carácter teórico-práctico, que tendrá como finalidad esencial la adquisición de una preparación específica y práctica para el mejor desempeño de la función inspectora en su totalidad.

El desarrollo del curso selectivo tratará sobre todas las materias esenciales en orden al ejercicio de las funciones propias del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social. El cual se impartirá en dos bloques, por una parte, la enseñanza común para ambas opciones, en el que comprende materias como Inspección y Procedimiento, Procedimiento Sancionador, Procedimiento Laboral, Procedimiento Administrativo, Contabilidad y Aplicaciones informáticas de la Inspección de Trabajo. El segundo bloque, dependerá de la opción elegida. Para la opción jurídica versará sobre materias de Prevención de Riesgos Laborales, Higiene Industrial, Seguridad en el Trabajo, Ergonomía y Psicología Aplicada. Mientras que para la opción técnica las materias a impartir serán de Derecho del Trabajo, Relaciones Laborales Individuales y Colectivas, Derecho Sindical, Seguridad Social, Derecho Civil, Derecho Mercantil y Derecho Penal.

## **2.2. Pretensión del Sindicato de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y defensa del Abogado del Estado.**

El Sindicato de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social solicita ante la Audiencia Nacional la suspensión de la convocatoria de opción mixta. En vista de que dicha Orden vulnera varios preceptos de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (LOITSS) <sup>5</sup> y de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP) <sup>6</sup>, al haberse creado dos ramas, una jurídica y otra técnica, mediante un simple acuerdo administrativo sin norma legal que lo abrigue.

<sup>5</sup> BOE n.º 274, de 15 noviembre de 1997.

<sup>6</sup> BOE n.º 89, de 13 de abril de 2007.

Aunado a que la convocatoria permite que se acceda a la condición de Inspectores de Trabajo realizando todas las funciones inherentes a la inspección sin acreditar conocimientos propios de dicho Cuerpo, no guardando relación los conocimientos exigidos en la Orden para la opción técnica con lo característico de este Cuerpo. En el que el Sindicato alude a un *periculum in mora* derivado de los efectos de una sentencia estimatoria sobre los funcionarios que hayan accedido al Cuerpo de Inspectores por esta vía de acceso.

Sin embargo, el Abogado del Estado se opone a la suspensión e insiste en la necesidad de cubrir las plazas ofertadas en la convocatoria de opción mixta conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 66/2008, de 25 de enero, por el que se aprueba la oferta de empleo público para 2008<sup>7</sup>. En el que señala, en su anexo, la necesidad de recursos humanos para el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, en la que ofertan un total de 120 plazas, en las que 114 pertenecen al cupo general y 6 de reserva para discapacitados.

### 2.2.1. Regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo.

La regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo se lleva a cabo, esencialmente, por lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA)<sup>8</sup>, el cual integra dichas medidas en un sistema general<sup>9</sup> y dos supuestos especiales<sup>10</sup>. El que más nos interesa, para el caso bajo análisis, es el primero, sistema general, del cual se resaltan sus principales características<sup>11</sup>:

- a) Forma un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al propio procedimiento ordinario, los dos procedimientos señalados en la LRJCA, como es el abreviado, conforme a lo dispuesto en el artículo 78, y el de protección de los derechos fundamentales, dispuesto en los artículos 114 y siguientes. De igual manera, las medidas pueden adoptarse para actos administrativos y disposiciones generales. Sin embargo, respecto de estas solo es posible la clásica medida de suspensión, la cual cuenta con ciertas especialidades procesales<sup>12</sup>. Es decir, en el supuesto de que se impugne una disposición general, y se solicite la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda. Asimismo, si la sentencia anulara total o parcialmente una disposición general o un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, el órgano judicial ordenará su publicación en diario oficial.
- b) El sistema se basa en un presupuesto claro y evidente a través de la existencia del *periculum in mora*. Así lo hace saber el artículo 130.1 de la LRJCA al señalar que «la medida cautelar

<sup>7</sup> BOE n.º 306, de 30 de enero de 2008.

<sup>8</sup> BOE n.º 167, de 14 de julio de 1998. *Vid.* Capítulo II del Título VI de la LRJCA.

<sup>9</sup> Artículos 129 a 134 de la LRJCA.

<sup>10</sup> Artículos 135 y 136 de la LRJCA.

<sup>11</sup> SAN de 28 de junio de 2007.

<sup>12</sup> Artículos 129.2 y 134.2 de la LRJCA.

- podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso».
- c) De igual manera, se exige, paralelamente, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. Específicamente, el artículo 130.2 de la LRJCA señala que la concurrencia del *periculum in mora* en «la medida cautelar podrá denegarse cuando de esta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero».
  - d) La conjugación de los criterios legales, *periculum in mora* y ponderación de intereses, debe llevarse a cabo sin prejuzgarse el fondo del litigio, ya que, generalmente, en la pieza separada de medidas cautelares se carece, todavía, de los elementos suficientes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, en el que se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría también otro derecho, como el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Española (CE) <sup>13</sup>.
  - e) El sistema general cuenta, por ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de las medidas cautelares de la LRJCA, con el requisito de la apariencia de buen derecho, conocido como *fumus boni iuris*. Este requisito permite en un marco de provisionalidad dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, siquiera a los meros fines de la tutela cautelar.
  - f) Asimismo, se exige la motivación de la medida cautelar, a consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto. Tal como se desprende de lo recogido en el artículo 130.1 y 2 de la LRJCA al señalar que se exige para su adopción la «previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto» y una ponderación «en forma circunstanciada» de la perturbación grave de los intereses generales o de tercero.
  - g) Con la implantación de este sistema se culmina el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión señalada en la antigua Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 1956 (art. 122) <sup>14</sup>, pasándose a un sistema de *numerus apertus*, de medidas innominadas, entre las que, indudablemente, se encuentran las de carácter positivo. Dicho en este contexto, se remitirá a cuantas medidas necesarias aseguren la efectividad de la sentencia <sup>15</sup>.
  - h) El sistema establece con precisión el ámbito temporal de las medidas, ya que la solicitud podrá llevarse a cabo en cualquier estado del proceso, salvo para las disposiciones generales en el que la petición deberá realizarse en el escrito de interposición o en la demanda <sup>16</sup>,

<sup>13</sup> BOE n.º 311, de 29 de diciembre de 1978.

<sup>14</sup> 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 acuerde, a instancia del actor, la suspensión».

<sup>15</sup> Artículo 129.1 de la LRJCA.

<sup>16</sup> Ídem.

en el que se extiende, en cuanto a su duración, hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que este culmine por cualquiera de las causas previstas en la LRJCA o por cambio de circunstancias <sup>17</sup>.

- i) Finalmente, la LRJCA lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, ilimitadamente, que puedan acordarse tantas medidas como fuesen adecuadas para evitar o paliar los perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte <sup>18</sup>, en el que podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho.

### 2.2.2. Requisitos esenciales para acordar las medidas cautelares.

De las matizaciones antes señaladas, del sistema general, de medidas cautelares se deben resaltar dos aspectos <sup>19</sup>. Por una parte, destacar la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado *periculum in mora* como fundamento de las innominadas medidas cautelares. Por otra, como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero.

En relación al primer aspecto, el Tribunal Supremo ha señalado, en concordancia con el artículo 130 de la LRJCA, que el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso <sup>20</sup>. Y esta exigencia viene a significar lo que se ha denominado como el requisito del *periculum in mora*, en el que este opera como criterio decisor de la suspensión cautelar.

Asimismo, en relación al segundo aspecto, ha manifestado que en el nuevo régimen de medidas cautelares, ya no solo se limita a la suspensión, instaurada por la LRJCA, partiendo de aquel principio general, «no otro sentido puede tener el adverbio "únicamente" del artículo 130.1», puesto que permite al órgano jurisdiccional la adopción de las medidas cautelares teniendo en cuenta una doble referencia <sup>21</sup>: valorando no solo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada <sup>22</sup>.

En definitiva, la interpretación de las medidas cautelares llevada a cabo por el Alto Tribunal lleva a las siguientes conclusiones:

<sup>17</sup> Artículo 132.1 y 2 de la LRJCA.

<sup>18</sup> Artículo 133.1 de la LRJCA.

<sup>19</sup> SAN de 28 de junio de 2007.

<sup>20</sup> AATS de 21 de junio de 1999, 22 de marzo, 4 y 31 de octubre de 2000.

<sup>21</sup> AATS de 2 de noviembre de 2000 y 5 de febrero, 21 de marzo y 25 de junio de 2001.

<sup>22</sup> Artículos 129 y 130 de la LRJCA.

- a) La adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima (*periculum in mora*), lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con quebranto del principio de identidad, en el supuesto de estimarse el recurso.
- b) Independientemente, que concurra el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, en el supuesto que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero. Lo que obligará a realizar un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de dirimir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado.
- c) El juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, el cual exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

En este sentido, como ya se ha apuntado, la finalidad legítima del recurso es la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él. De suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad<sup>23</sup>.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso es la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto; valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto. Es decir, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen<sup>24</sup>.

### **3. EXAMEN DEL AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 4.ª, DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2008, NÚM. 249/2008**

La Audiencia Nacional nos recuerda que la eficacia de la actuación administrativa, constitucionalmente reconocida en el artículo 103.1 de la CE, se basa en que la «Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho», lo que impone que sus actos nazcan con vocación de inmediato cumplimiento, es decir, que

<sup>23</sup> STS de 18 de noviembre de 2003.

<sup>24</sup> STS de 21 de junio de 2006.

sean inmediatamente ejecutivos <sup>25</sup> y, por ende, produzcan efectos desde la fecha en que se dictan <sup>26</sup>, tal como lo señalan los artículos 57 y 94 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) <sup>27</sup>. Por consecuencia, su impugnación en vía administrativa o jurisdiccional no producirá la suspensión automática de su ejecución.

Sin embargo, en la vía judicial, la garantía de la justicia cautelar que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva conforme a lo señalado en el artículo 24 de la CE, se concreta, en este caso, en la LRJCA, en la necesidad para la adopción de medidas cautelares de conjugar dos criterios. Por una parte, hacer una previa valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, lo que determinará la denegación de la medida cautelar cuando su adopción pueda causar perturbación grave a los intereses generales o de tercero, lo que significa la existencia del *fumus boni iuris*. Por otra, que la medida podrá acordarse cuando la ejecución del acto pueda hacer perder su finalidad legítima, es decir, que aluda a un *periculum in mora* al recurso. Extremos exigidos por lo dispuesto en el artículo 130 de la mencionada Ley.

La Audiencia Nacional a la hora de acordar la medida tuvo presente los criterios mantenidos por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. En relación al primero, al reconocer la importancia de la adopción de las medidas cautelares para los actos administrativos. Dicho en otros términos, ha establecido que el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario al Texto Constitucional, sino que encaja con el principio de eficacia enunciado en el aludido artículo 103 <sup>28</sup> y la ejecutividad de sus actos, en términos generales y abstractos, tampoco puede estimarse como discordante con el artículo 24.1 de la CE <sup>29</sup>.

Sin embargo, de este mismo derecho fundamental deriva la potestad jurisdiccional para adoptar medidas cautelares y suspender la ejecución por los motivos que la propia norma señale. Aunado a que «la efectividad de la tutela judicial respecto de derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar medidas adecuadas para asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso» <sup>30</sup>, evitando un daño irremediable de los mismos. Asimismo, ha señalado que es más, la fiscalización plena, sin inmunidades de poder, de la actuación administrativa impuesta por el artículo 103.1 de la CE que hace que el control judicial se extienda, igualmente, al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos <sup>31</sup>.

En relación al segundo, el Alto Tribunal toma en consideración a la hora de proceder a la ponderación del interés público y del interés particular de acceder, o no, a la suspensión de la reso-

<sup>25</sup> Salvo lo señalado en los artículos 111 y 138 de la LRJAP y en los casos en que una normativa establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización de superior.

<sup>26</sup> Salvo que en dichos actos se disponga otra cosa.

<sup>27</sup> BOE n.º 285, de 27 de noviembre de 1992.

<sup>28</sup> SSTC 78/1996 y 22/1984.

<sup>29</sup> STS 66/84 y AA 458/88, 930/88 y 1095/88 del TC.

<sup>30</sup> STC 14/92.

<sup>31</sup> SSTC 238/92 y 148/93.

lución administrativa impugnada dentro de un recurso, el hecho de que usualmente se viene a dar prevalencia al interés general. Tal como se reconoce en la sentencia de fecha 24 de abril de 1998, al señalar que «siendo indudables los perjuicios que podrían seguirse para la actora como consecuencia de que se hubiere estimado su recurso administrativo, sin embargo no cabe negar que el Consejo realizó una adecuada ponderación de los intereses en juego, dando razonable prevalencia al gravamen que la suspensión supondría por los intereses públicos y generales, representados por la recaudación de los ingresos públicos»<sup>32</sup>. Dicho en otras palabras, la suspensión cautelar del acto impugnado debe acordarse cuando los intereses del recurrente se vean seriamente perjudicados, sin menoscabo, para los intereses generales<sup>33</sup>. En el supuesto de que se trate de disposiciones generales, la regla general ha sido precisamente la de la no suspensión, dado el interés público ínsito en la aprobación de tales disposiciones generales<sup>34</sup>.

En este sentido, la Audiencia Nacional a la hora de dirimir el recurso acordó que la solicitud de suspensión de la convocatoria opción mixta se fundamentaría, primordialmente, en la existencia de una apariencia de buen derecho, es decir, *fumus boni iuris*, por entender que los preceptos cuya suspensión se interesa constituyen una infracción de la LOITS, y de la LEBEP.

Por lo tanto, en el contexto de la LRJCA, de la suspensión del acto impugnado por existir una apariencia de buen derecho, ya se había reconocido anteriormente a su publicación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (caso Factortame)<sup>35</sup> y por una importante doctrina del Alto Tribunal<sup>36</sup> en la que el legislador se inspiró a la hora de redactar el Anteproyecto de dicho texto legal. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha venido exigiendo su apreciación con cautela, al objeto de evitar un precipitado juicio sobre el fondo del asunto, obviando el derecho a un proceso con todas las garantías de contradicción y prueba<sup>37</sup>.

Lo anterior no significa que no pueda ser objeto de aplicación, siempre que concurra un vicio de nulidad ostensible y manifiesta<sup>38</sup>, de modo que la falta de suspensión del acto o disposición impugnada pueda hacer perder al recurso su finalidad legítima, evitando que la duración del proceso no perjudique a quien tenga razón, conforme a lo recogido en sus artículos 129 y 130 de la LRJCA.

En consecuencia, a la Audiencia Nacional al momento de acordar la medida solicitada se le presentaron un cúmulo de dudas razonables sobre la legalidad de la Orden de convocatoria que, a su parecer, no puede decirse que constituyan una apariencia de buen derecho en los términos exi-

<sup>32</sup> Vid. STS de 31 de marzo de 1999.

<sup>33</sup> STS de 23 de diciembre de 2000.

<sup>34</sup> SSTS de 2 de junio y 7 de julio de 2004.

<sup>35</sup> STJCE de 19 de junio de 1990 (Asunto C-312/89). Un comentario de esta sentencia en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El fin del caso Factortame. La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido», *Revista de Administración Pública*, N.º 145, 1998, págs. 117-144. En este mismo sentido, en el ámbito del Derecho comunitario, véase las 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).

<sup>36</sup> AATS de 20 de diciembre de 1990, 17 de enero de 1991 y 22 de enero de 1995.

<sup>37</sup> SSTS de 24 de enero, 26 de febrero y 15 de julio de 2000,

<sup>38</sup> AATS de 16 de septiembre de 2003 y 24 de febrero y 5 de octubre de 2004.

gidos por la jurisprudencia del Alto Tribunal. Sin embargo, reconoce que no puede negarse la existencia de un evidente *periculum in mora* derivado de los perjuicios irreversibles, o al menos de difícil restauración a su estado anterior al proceso, en el supuesto de producirse una sentencia estimatoria del recurso, en relación con la situación jurídica de quienes habiendo superado las pruebas de acceso al Cuerpo de Inspectores de Trabajo mientras el proceso estaba pendiente, posteriormente, pudieran verse removidos de sus puestos de trabajo en caso de declararse la anulación del proceso selectivo. Por ello, procedió, en consecuencia, acordar la suspensión de la Orden de convocatoria de opción mixta.

De suerte que el Auto de suspensión se acordó con nueve días de antelación a la presentación del primer ejercicio de la convocatoria, en el que el Ministerio de Trabajo e Inmigración pudo informar a los opositores para que no se presentasen al lugar señalado para su celebración. Caso distinto a lo ocurrido en la convocatoria de promoción interna horizontal <sup>39</sup>, en el que también la Audiencia Nacional acordó la suspensión, pero ya los opositores sí habían presentado el primer ejercicio.

<sup>39</sup> 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 (BOE n.º 134, de 3 de junio de 2008).