



SINDICATO INSPECTORES

Fdo: SALVADOR CARRERO

AUDIENCIA NACIONAL
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección: 004
MADRID
PSS17 AUTO SUSPENSION GENERAL

NOTIFICADO 17 DIC 2008

1212

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2008 0003973
Procedimiento: **PIEZA SEPARADA DE SUSPENSION 0000228 /2008 0001**
Sobre: ADMON.ESTADO:ACCESO FUNCION PUBLICA Y NOMB.
De SINDICATO DE INSPECTORES DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
Procurador Sr.D.JUSTO GUEDEJA-MARRON DE ONIS
Contra MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES
ABOGADO DEL ESTADO

AUTO

ILMO. SR. PRESIDENTE
JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ

ILMOS/AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS
TOMAS GARCIA GONZALO
ERNESTO MANGAS GONZALEZ
JAVIER LÓPEZ CANDELA
ANA ISABEL MARTIN VALERO

RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
16 DIC 2008	17 DIC 2008

En MADRID, a cinco de Diciembre de ~~dos mil ocho~~ Artículo 151.2 L.E.C. 1/2008

Dada cuenta; el anterior escrito del Abogado del Estado únase a la presente pieza separada de suspensión, con entrega de copia a la parte contraria, y;

HECHOS

PRIMERO.- Por la representación del recurrente SINDICATO DE INSPECTORES DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra Resolución MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES de fecha 23 de Mayo de 2008 sobre convocatoria de pruebas para ingreso en el Cuerpo de Inspectores de Trabajo.

SEGUNDA.- Solicitada la adopción de medida cautelar de suspensión de la ejecución de la resolución recurrida y abierta pieza separada para sustanciarla, se acordó oír al Sr. Abogado del Estado para que alegara lo que estimara pertinente al derecho, trámite cumplimentado por escrito unido a autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El Sindicato de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social impugna en este recurso contencioso administrativo 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; y solicita por medio de Otrosí sígo, la suspensión de dicha Orden.



Solicitud de suspensión que se justifica en la apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris) de su pretensión, dada la ausencia "prima facie" de apariencia de legalidad de la convocatoria puesto que: 1.- 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 A-1 -esto es, todos aquellos para los que se exige Licenciatura universitaria- sin tener en cuenta las funciones que se le atribuyen, pudiendo concurrir, v.g 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; 2.- El único requisito adicional es estar habilitado para el ejercicio de funciones de prevención de riesgos laborales de nivel superior, esto es, haber superado un curso homologado de 600 horas sobre las materias establecidas en el art. 37 RD 39/1997; 3.- en la convocatoria impugnada los únicos conocimientos sobre los que versan 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% del total. En consecuencia, argumenta, es evidente que una convocatoria por el sistema de promoción interna horizontal que permite acceder a la totalidad de las funciones públicas legalmente reservadas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social pro quien meramente se ha visto sometido a una prueba de conocimientos sobre prevención de riesgos laborales, sin 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, quiebra de raíz los principios constitucionales de mérito y capacidad -art. 23 CE- así como de eficacia y satisfacción del interés general como fundamento de la actividad de la Administración Pública.

Estima, asimismo, que 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 tanto para el propio funcionamiento de la Inspección, lo que manifiestamente repercute en la prestación de sus funciones por los Inspectores cuyos intereses defiende el sindicato recurrente, como para el prestigio profesional del propio colectivo. Además, el propio interés público se ve indudable y gravemente perjudicado en caso de no suspensión de 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. Y por otro lado, la



suspensión no ocasionaría perjuicios actuales a terceros ni a la Administración pública.

, y, podrán acordarse, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

Así pues la finalidad de la medida cautelar, es pues, como ha señalado el Tribunal Supremo (Auto de 9 de marzo de 1999), "únicamente el aseguramiento de la efectividad de la sentencia o del resultado del proceso cuando sea necesario, 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 (arts. 24,1 y 103 de la Constitución), ha de solucionarse a base de ponderar, casuísticamente, su preeminencia o prevalencia, en vista de la dificultad de fijar reglas generales, habida cuenta también del criterio que resulta de la Exposición de Motivos de la anterior Ley Reguladora de esta Jurisdicción, a cuyo tenor, al juzgar sobre la procedencia de la suspensión a que se refería, 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 público, 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 (Autos de 19 de mayo y 12 de noviembre de 1998, y de 28 de enero de 1999)".

Los criterios que han de tenerse en cuenta para resolver sobre la adopción de la medida cautelar, los resume la STS de 22 de julio de 2002, consistiendo en:

"a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997: "la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado (o la vigencia de la disposición impugnada) le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación". El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

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 modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STS 148/1993 "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" (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).



c) El *periculum in mora*, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, 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. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: "al juzgar sobre la procedencia (de la suspensión) se debe ponderar, 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". Por consiguiente, 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 reitera hasta la saciedad la jurisprudencia "cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto" (ATS 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina 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.

La LJCA no hace expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris*, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/2000 que sí alude a este criterio en el art. 728.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, ATS 14 de abril de 1997, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que "la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente



aplicación, 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 predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, 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 propio art. 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997, entre otros)".

TERCERO.- Aplicando dicha doctrina general expuesta al caso de autos, la Sala estima que si bien es cierto que no se aprecia prima facie una nulidad ostensible de la convocatoria impugnada, siendo así que las cuestiones planteadas en orden a la declaración de nulidad de la misma habrá de ser objeto de profundo análisis y valoración en este pleito, si se suscitan dudas razonables sobre el ajuste a la legalidad de la Orden recurrida. Y siendo esto así, 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 dicha Orden; así, sería sumamente 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, los cuales deberían ser removidos de los puestos adjudicados, con los consiguientes perjuicios que ello ocasionaría.

En consecuencia, ante la existencia de un evidente periculum in mora procede suspender la Orden impugnada en el presente recurso.

LA SALA ACUERDA Suspender la ejecutividad de la Orden TIN 1537/2008, de mayo, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, por el sistema de promoción interna, impugnada en el presente recurso.

Lo acordaron mandaron y firmaron los Iltmos.Sres. anotados al margen, de lo que doy fé.

