

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA
COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA**

Pieza de Medidas Cautelares [PMC] nº: 4 /000207/2020-DZ

N.I.G: 46250-33-3-2020-0001750

Ponente: D/D^a MANUEL JOSÉ DOMINGO ZABALLOS

Demandante/Recurrente: AYUNTAMIENTO DE TORREVIEJA

Procurador/Ltrado: ANTONIO MERLOS SANCHEZ /

Demandado/Recurrido: CONSELLERIA DE SANIDAD DE UNIVERSAL Y SALUD
PUBLICA

Procurador/Ltrado: /

Codemandado:

Procurador/Ltrado: /

AUTO

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. MANUEL JOSÉ BAEZA DIAZ-PORTALES

Magistrados:

MIGUEL ANGEL OLARTE MADERO

MANUEL JOSE DOMINGO ZABALLOS

En VALENCIA, a diecisiete de septiembre de dos mil veinte

Dada cuenta; lo precedente únase, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En fecha 8-9-2020 la representación del Ayuntamiento de Torrevieja ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra "**la Resolución, de fecha 01 de septiembre de 2020, notificada el 2 de los mismos**, del Ilmo. Sr. Director General de

Investigación y Alta Inspección Sanitaria por la que se desautoriza la realización de test serológicos entre el personal docente del Municipio de Torrevieja, promovida por el Ayuntamiento de Torrevieja".

SEGUNDO: En el escrito de interposición solicitó el Ayuntamiento medidas cautelares "inaudita parte" ex Art. 135 de la LJCA; en concreto "**suspender la ejecutividad la resolución de fecha 1 de septiembre de 2020**, del Director General de Investigación y Alta Inspección Sanitaria de la Comunitat Valenciana, por la que se resuelve, **desautorizar la realización de pruebas serológicas entre el personal docente de los centros situados en el Municipio de Torrevieja, con ocasión del inicio del curso académico**".

TERCERO.- Por auto de fecha 11 de Septiembre de 2020 se acordó estimar la solicitud de medida cautelarísima interesada y dar audiencia a la Administración demandada para que en el plazo de tres días alegase lo que estimara procedente sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada.

CUARTO.- La Abogada de la Generalitat Valenciana, en la representación que ostenta, presentado escrito solicitando se dicte resolución por la que se levante la medida cautelar adoptada.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Dispone el artículo 135.1 de la LJCA, por lo que aquí interesa, que una vez adoptada la medida "cautelarísima" -lo que ha sido el caso-:

"Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales."

En el supuesto enjuiciado, nuestro auto de 11 de septiembre de 2020, recogió lo siguiente:

"En el estado actual del proceso y ea la vista del art. 135.1 de la LJCA, la acción municipal encaminada a la realización de la pruebas serológicas entre el personal docente con destino en la centros educativos de la ciudad, -con carácter voluntario-, considera la Sala concurrir circunstancias de especial urgencia justificativa de la suspensión de la resolución de la Administración, habida cuenta de que el curso escolar ha comenzado en los

primeros días del presente mes y siendo precisamente ese comienzo el curso cuando el Ayuntamiento tenía previsto iniciar su actuación."

SEGUNDO.- Sostiene la Generalitat en su escrito de alegaciones que la medida debe ser levantada por lo que, a modo de síntesis, invoca el ordinal primero de sus alegaciones:

"...dada la ineficacia del cribado serológico que se pretende llevar a cabo, dado que, incluso un cribado, al margen de los criterios unificados por científicos y plasmados por las autoridades competentes en materia de salud pública, pueden llegar a ser perjudiciales por la falsa seguridad que pueden conceder. Y por el hecho además, como veremos palmario y evidente, de que un autoridad administrativa (como es el Alcalde o una Administración Local), carece manifiestamente de competencia para realización de cribados poblacionales con pruebas serológicas, toda vez que cualquier prueba ya sea diagnóstica como preventiva ha de realizarse bien sea mediante una prescripción facultativa o bien sea por las autoridades sanitarias competentes en materia de salud pública. Téngase en cuenta que no se trata aquí de pruebas a realizar a personal dependiente del Ayuntamiento de Torrevieja o de una empresa concreta, sino de personal que no tiene ninguna vinculación laboral con dicha entidad local, de manera que lo que se pretende es realizar un cribado que, en su caso corresponde determinar si se realiza a las autoridades sanitarias, nunca, insistimos a una autoridad administrativa."

Sigue la alegación segunda recogiendo una serie de preceptos (a partir del art. 43 de la Constitución) de Orden Ministerial 40.3/1986, sobre Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (art. 42) Ley 33/2011 de 4 de Octubre, General de Salud Pública (arts. 23 y 26.3), Ley 16/2003, de 28 de Mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (art. 65), y Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud Pública de la Comunidad Valenciana (Art. 6).

A ello añadido el Acuerdo de 9 de septiembre del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, sobre declaración de actuaciones coordinadas en Salud Pública para reforzar la aplicación de las medidas de control de la Covid-19 en los próximos meses, (lo acompañamos como DOCUMENTO NUMERO 1), así como a la Orden Comunicada de 9 de septiembre, que aprueba dicha declaración de actuaciones coordinadas (la acompañamos como DOCUMENTO NUMERO 2)."

En particular significa que las medidas en relación con los cribados en asintomáticos, a realizar "cuando se estime necesario y siempre bajo criterio de la Unidad de Salud Pública de la Comunidad o ciudad autónoma". Termina apelando a lo previsto por el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio y, al propio tiempo, la doctrina del "fumus boni iuris" y reseñando que, aunque en este momento procesal no procede entrar a conocer sobre el fondo del asunto, de lo expuesto resulta que la pretensión del Ayuntamiento de Torrevieja de llevar un cribado a

un determinado colectivo profesional con el que no le vincula ninguna relación laboral, "es nula de pleno derecho por cuanto se trata de una Administración Pública manifiestamente incompetente". Acompaña informe de 15-9-2020 suscrito por la Sra. Subdirectora de Epidemiología, Vigilancia de la Salud y Sanidad Ambiental, concluyendo que: *"Solo se debe realizar cribado en personas asintomáticas cuando los beneficios superen los efectos adversos y eso en los cribados para la COVID-19 solo se cumple en poblaciones especialmente vulnerables como las residencias de mayores o en determinados territorios cuando los indicadores epidemiológicos lo indiquen y las autoridades sanitarias lo recomienden, tal como indica el acuerdo del Consejo Interterritorial 9 de septiembre de 2020."*

TERCERO.- No puede perderse de vista que el objeto del presente recurso contencioso-administrativo no es la actuación o iniciativa municipal del Ayuntamiento de Torreveja, si no, como recogió el Auto indicado, de 11 de Septiembre de 2020, *"La denominada por el Ayuntamiento resolución del Director General de Investigación y Alta Inspección Sanitaria es escrito cuya copia se acompaña con la interposición del recurso del siguiente contenido:*

a) Concretando la actividad municipal nos dice: "En relación con las informaciones difundidas en las que se indica que a través de los recursos y medios del Ayuntamiento de Torreveja se va a realizar un estudio de seroprevalencia para todos los profesionales que operan en los centros educativos de la ciudad, desde esta Dirección General se recuerda la instrucción sobre la realización de prueba diagnósticas para la detección del COVID-19 emitida por el Ministerio de Sanidad con fecha 30 de junio de 2020."

A ello sigue transcripción de la instrucción de referencia, de la que transcribimos sus apartados 5 y 6 :

5. "Los cribados que se realizan al margen del cribado poblacional y que no cuentan con el suficiente respaldo científico que informe del balance riesgo/beneficio, implican que su impacto en salud sea incierto y las garantías de calidad, cuestionables. Además, en muchos casos supone una carga añadida al sistema sanitario que, o bien realiza todo el proceso de cribado, consumiendo recursos sin que se puedan evaluar sus resultados, o bien asume la carga de confirmación diagnóstica y manejo posterior de anomalías detectadas por proveedores privados de servicios que han realizado únicamente la prueba de cribado inicial."

6. "No se recomienda la realización de cribados mediante la realización de PCR o técnicas serológicas, por las dificultades de interpretación de los resultados en personas asintomáticas y de bajo riesgo y las implicaciones en su manejo. Sólo podría considerarse su

realización en determinadas situaciones y siempre bajo la recomendación de las autoridades de salud pública."

b) En lo que el Ayuntamiento de Torrevieja califica de resolución o de decisión administrativa el escrito se expresa como sigue: "Por todo lo anterior, se recuerda que un cribado es una estrategia de prevención que se determina en función de la evolución de la pandemia y, como tal, siempre es una competencia de la autoridad sanitaria.

La estrategia de vigilancia y control de la pandemia de la COVID-19 se ha venido definiendo siempre en el marco de coordinación entre el Ministerio de Sanidad y las diferentes Comunidades Autónomas, razón por la que, en principio, se desautoriza la realización de dichas pruebas en los términos divulgados.

Todo ello en el marco del vigente Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, y sus anexos."

Centrada la cuestión a debate según se presentó en esta sede cautelar, adelantamos el mantenimiento de la medida cautelar.

CUARTO.- En las alegaciones de la Generalitat no se pone en duda la concurrencia del *periculum in mora* acogido en nuestra decisión jurisdiccional, Auto de 11 de Septiembre también de manera que, partiendo de tal circunstancia, debe ceñirse la Sala a la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto y, en último extremo -como hemos recordado en el Auto de 14 de Septiembre de 2020 (PO 208/2020) F.J. 5º, en incidente cautelar también relativo a la pandemia, Covid-19 en el caso de concurrir especial urgencia así como el *periculum in mora*, la ley residencia en el órgano jurisdiccional la alternativa de "adoptar o denegar la medida", que "podrá denegarse cuando de ésta pudiera regirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará de forma circunstanciada." (Arts. 135.1, con remisión al art. 13o LJCA).

Como advierte la propia representación de la Generalitat y es bien sabido, no cabe en el incidente cautelar entrar sobre el fondo del asunto; esto es y en primer término, la capacidad jurídica del Ayuntamiento de Torrevieja para intervenir poniendo en marcha la realización de test serológicos entre el personal docente con destino en su término municipal. Y nótese que no queda ceñido el problema a la ostentación o no de competencia administrativa (propia, impropia o delegada) por el municipio, sino a su capacidad para poner en marcha la iniciativa. Habrá de contrastar la Sala cuando entre en el fondo del asunto junto con los preceptos invocados algunos otros como la Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de Octubre de 1985, tratado internacional ratificado por España, (Instrumento de 20 de enero de 1989) y cuyo artículo 4.2 prescribe que "las entidades locales, tienen, dentro del

ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad". Que la realización de los cribados en asintomáticos que quede prohibido a los Ayuntamientos lo sustenta la Generalitat (y se dice en el informe de la Subdirectora, funcionaria a su servicio) en la Orden comunicada de 9 de Septiembre de 2020, suscrita por el Ministro de Sanidad. Tal "orden comunicada" (a las Comunidades Autónomas y a las dos ciudades autónomas) trae causa en el acuerdo del Consejo Interterritorial de Salud sobre declaración de actuaciones coordinadas de Salud Pública para reforzar la aplicación de las medidas de control de la Covid-19 en los próximos meses" (documento nº 1 acompañado con el escrito de alegaciones de la Generalitat). El acuerdo igualmente es de fecha 9 de septiembre, recogiendo que produciría efectos "desde su notificación a las Comunidades Autónomas".

Pues bien, la resolución impugnada suscrita por el Director General de Investigación y Alta inspección Sanitaria de la Consellería de Sanidad data de primero de septiembre, por consiguiente, ocho días antes de los mentados acuerdo y orden comunicada emitida por la Administración del Estado.

QUINTO.- Consta documentado en la pieza de medida cautelar que la iniciativa municipal había arrancado bastante tiempo atras; en concreto existe escrito de 3 de agosto de 2020 de RIVERA SALUD SA en contestación al Alcalde sobre realización de test serológicos con vistas al inicio del curso escolar en el municipio de Torrevieja y en el que se manifiesta por el representante de la entidad -que gestiona Hospital concesionario de la Genaralitat en el área de Torrevieja- ponerse al servicio de la Alcaldía con sus medios técnicos y humanos "con el fin de realizar tests serológicos a los colectivos que se consideren desde dicho Ayuntamiento, así como cualquier iniciativa que entre dentro del objeto social de nuestra sociedad, añadiendo literalmente: "en lo relativo a los costes necesarios para la realización de dichas actividades, será asumido íntegramente por Ribera Lab ya que consideramos este tema estratégico dentro de la política de RSC y por tanto no serían repercutidos al Excelentísimo Ayuntamiento de Torrevieja."

Es cierto, por lo demás que el personal docente (destinatario de las pruebas con carácter voluntario, obviamente), no tiene relación estatutaria con el Ayuntamiento (a salvo del que pudiera estar destinado en educación preescolar atendida por el ayuntamiento, que la Sala desconoce) pero habrá de convenirse que su actividad, en gran medida, se desarrolla en edificios e instalaciones en los que existe desplegando sus funciones personal municipal (comenzando por los conserjes) y en cuyos aledaños despliegan su actividad otros servidores públicos, más en esta época de pandemia como los policías locales.

El escrito de la Dirección General de Investigación y Alta Inspección Sanitaria de 1 de Septiembre pasado, se hacía eco de la Instrucción sobre realización de medios diagnósticos para la detección del Covid-19, emitido por el Ministerio de Sanidad con fecha 30 de junio de 2020 y en la que, en suma, termina (punto 6) indicando que "**no se recomienda** la valoración de cribados..."; recomendación que la Dirección General autonómica reconvirtió en "**desautorizar**" la realización de dichas pruebas en los términos divulgados. No acotó los términos en los que habría de desarrollarse la iniciativa si no que lisa y llanamente vino a impedirlo.

Llegados a este punto la Sala considera que los intereses generales a ponderar en forma circunstanciada por este Tribunal en sede cautelar conducen a entender procedente el mantenimiento de la medida cautelar, habida cuenta de que llevar a efecto la iniciativa municipal de Torrevieja no parece que suponga perturbación grave de los intereses generales ni de tercero y teniendo en cuenta la importante circunstancia de que no supone desembolso alguno, por consiguiente haciendo innecesario informe vinculante de la Administración Autonómica atendiendo al sentido y finalidad recogida en el artículo 7.2 de la Ley 7/85 de 2 de abril.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 LJCA no ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre costas, atendiendo a los distintos pronunciamientos jurisdiccionales producidos.

LA SALA ACUERDA

1.- MANTENER lo decidido por Auto de 11 de Septiembre de 2020, con suspensión de la ejecutividad de la resolución de fecha 1 de septiembre de 2020, del Director General de Investigación y Alta Inspección Sanitaria de la Comunitat Valenciana por la que se resuelve desautorizar la realización de pruebas serológicas entre el personal docente de los centros situados en el municipio de Torrevieja, con ocasión dle inicio del curso académico.

2.- Todo ello sin hacer imposición de costas.

Notifíquese este auto a las partes

Contra la presente resolución cabe recurso de reposición en el plazo de cinco días.

Así lo acuerdan, mandan y firman, los Ilmos. Sres. anotados al margen.