

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**EAEko AUZITEGI NAGUSIA
ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN SALA**

BARROETA ALDAMAR, 10-2ª Planta-CP: 48001 Bilbao

TEL.: 94-4016655 FAX: 94-4016996

NIG PV: 00.01.3-20/000311

NIG CGPJ: 48020.33.3-2020/0000311

Procedimiento Origen: Protección jurisdiccional332/2020

Procedimiento: Medidas cautelares 29/2020 - Seccion 1ª

Demandante / Demandatzailea: LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEA -LAB-
Representante / Ordezkarria: IDOIA GUTIERREZ ARETXABALETA

MINISTERIO FISCAL

Demandados: DIPUTACION FORAL DE BIZKAIA

Representate: MONICA DURANGO GARCIA.

Demandado: GOBIERNO VASCO DEPARTAMENTO DE SANIDAD

Representante: LETRADOS DE LOS SERVICIOS JURIDICOS DEL GOBIERNO VASCO.

ACTUACIÓN RECURRIDA: DESESTIMACION POR SILENCIO ADMINISTRATIVO DE LAS PETICIONES REALIZADAS POR EL SINDICATO LAB, TANTO A LA DIPUTACION FORAL DE BIZKAIA COMO AL DEPARTAMENTO DE SANIDAD DE GOBIERNO VASCO, CON FECHAS 20-04-20 Y 14-04-20 RESPECTIVAMENTE, EN RELACION A LA NECESIDAD DE INTERVENCION PUBLICA EN EL CENTRO RESIDENCIAL DE PERSONAS ANCIANAS DENOMINADO [REDACTED] GESTIONADO POR LA MERCANTIL [REDACTED] UBICADA EN [REDACTED] S/N.

AUTO

ILMOS. SRES:

PRESIDENTE: D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA
D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA.
DÑA. TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO.

MAGISTRADOS:

Siendo Ponente D.ª TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO.

En Bilbao a treinta de abril de dos mil veinte.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El veintidós de abril de corriente, la procuradora de los tribunales doña Idoia Gutiérrez Aretxabaleta, actuando en nombre y representación de la Federación de Asociaciones Obreras Sindicales Langile Abertzaleen Batzordeak (en adelante, LAB), presentó escrito de interposición de recurso contencioso – administrativo de tutela de derechos fundamentales. Las administraciones demandadas eran la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco (Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco) y la Diputación Foral de Vizcaya. La actuación impugnada era la desestimación, por silencio administrativo, de las peticiones realizadas por el sindicato

actor en relación a la necesidad de intervención pública en el centro residencial de ancianos [REDACTED], gestionado por [REDACTED], S.L.

En ese mismo escrito se interesaba la adopción de medida cautelarísima consistente en la designación, por la Diputación Foral de Vizcaya y / o el Departamento de Salud, de un empleado público, para intervenir en el centro residencial [REDACTED] con todas las atribuciones y medios humanos y materiales que le confieren las órdenes SND/275/2020, de 23 de marzo, y SND/322/2020, de 3 de abril, entre otras.

SEGUNDO.- Vista la necesidad de dar audiencia a las administraciones demandadas, esta sección dictó, ese mismo día, auto mediante el cual se daba traslado a la Diputación Foral de Vizcaya y a la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco para que alegaran lo que a su derecho conviniera.

La procuradora de los tribunales doña Mónica Durango García, actuando en nombre y representación de la Diputación, dio cumplimiento a este trámite por medio de escrito presentado el día veintiocho del corriente. En ese escrito interesaba que se denegara la medida solicitada por la contraparte. En ese mismo sentido se pronunció la comunidad autónoma en escrito presentado al día siguiente.

A continuación, quedaron los autos en la mesa de la magistrada ponente a efectos de dictar la resolución procedente en derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- POSICIÓN DE LA PARTE RECURRENTE.

LAB reclama que, como medida cautelar, se ordene, a la Diputación Foral de Vizcaya o al Departamento de Salud del Gobierno Vasco, el nombramiento de un empleado público que intervenga el funcionamiento de la residencia de ancianos [REDACTED]. Considera que esta medida estaría justificada, a la vista de la gravedad de la situación en la que se encontraría esa residencia. De tal modo que, según su criterio, de no adoptarse, se mantendría una situación de grave peligro para la vida, la integridad física y la salud, tanto de los residentes como de los trabajadores. Además, esa situación podría llegar a afectar a la población en general, habida cuenta de que contribuiría a mantener el peligro de contagio.

El sindicato recurrente explica que la medida solicitada tiene sentido en la situación de pandemia internacional, ocasionada por el COVID-19 y declarada, el uno de marzo de 2020, por la Organización Mundial de la Salud. Esta situación dio lugar a la declaración, por el Gobierno de la Nación, del estado de alarma mediante Real Decreto 463/2020. Esta situación se mantiene todavía a día de hoy.

Por otro lado, LAB expone cómo [REDACTED] es un centro residencial de ancianos de titularidad privada, que cuenta con plazas concertadas con la Diputación Foral de Vizcaya. En él, los trabajadores llevan a cabo labores de cuidado y atención de los usuarios del centro que, en la actualidad, serían unos 87.

Ante la situación originada por el COVID-19, el nueve de marzo del año en curso, las delegadas de prevención de la plantilla de la residencia presentaron un escrito para instar la elaboración de un protocolo de actuación y recordar los deberes de la empresa en materia de seguridad. Tres días más tarde, se instó la facilitación de una copia de

evaluación de riesgos laborales y se pidió formación e información actualizada. Ese mismo día, el comité de seguridad y salud presentó otro escrito para recordar a la empresa sus deberes derivados del documento de recomendaciones técnicas a residencias de ancianos para el COVID-19, elaborado por el Ministerio de Sanidad. Ocho días más tarde, las delegadas de prevención volvieron a pedir la provisión de prendas de protección adecuadas, medidas de protección y EPIs. Además, notificaron a la empresa que las mascarillas que se estaban repartiendo no cumplían las medidas de seguridad. Igualmente, pusieron de manifiesto la existencia de errores en la gestión que habían expuesto a los residentes a situaciones de riesgo. El día veinticuatro de ese mismo mes, las delegadas de prevención volvieron a reclamar a la empresa EPIs adecuados y test rápidos y pusieron de manifiesto los casos de falta de coordinación y de medidas de seguridad. Al día siguiente, la empresa notificó al comité de empresa que se adoptaba la medida consistente en instaurar un turno fijo de noche de personal gerocultor, un plan de formación y limpieza extra y el establecimiento de un área para el aislamiento preventivo de sintomatología compatible y confinamiento en habitación. El día cuatro del mes en curso, el comité de empresa criticó el hecho de que la empresa no hubiera entregado la evaluación de riesgos y les advirtió de la posibilidad de paralizar toda actividad que constituyera un riesgo inminente y grave para la salud de la plantilla. Dos días más tarde, las delegadas de prevención presentaron un escrito en el que se indicaba la empresa que, tras el positivo de dos trabajadores, debía designar una persona responsable del brote, llevarse un registro de los casos y encargarse de la comunidad con salud pública. Igualmente, se solicitaban medidas de control, sistemas de vigilancia activa y EPIs para trabajadores y residentes. Al día siguiente, dos delegadas de prevención se dirigieron nuevamente a la empresa para pedir el listado de residentes fallecidos, en aislamiento preventivo y positivos, así como el número de trabajadores que habían dado positivo, estaban en cuarentena o en situación de baja médica.

A día diez de abril del presente, habían fallecido, desde la declaración del estado de alarma, 12 de los residentes, ocho de ellos con síntomas de la COVID-19. Además, habían 20 trabajadores que habían dado positivo. De los residentes, 20 se encontraban en aislamiento. De ellos, 11 habían dado positivo. Dos días más tarde, 62 trabajadores con la categoría de gerocultoras se encontraban de baja médica por situación confirmada de contagio o por cuarentena preventiva. Por su parte, el médico no acudía todos los días al centro y solo había una enfermera que prestaba sus servicios en horario de mañana. Ello habría obligado al resto de personal a asumir las funciones propias de la categoría de enfermero. En cualquier caso, los residentes no estarían recibiendo toda la atención requerida. Reconoce que el personal con categoría de gerocultora que se encontraba de baja fue sustituido. Ahora bien, sostiene que el número de trabajadores sería inferior al habitual, pese al incremento de la carga de trabajo. Además, los nuevos trabajadores serían muy jóvenes y carecerían de experiencia. El día trece de abril, los resultados de los análisis fueron positivos para otros 18 trabajadores. Ello supuso que ese día, en el turno de tarde, solo hubiera un gerocultor por planta.

El dieciséis de abril de 2020, el Juzgado de lo Social número 5 de Bilbao dictó auto por el cual, a instancias del sindicato ELA, adoptó medida cautelarísima consistente en requerir a la empresa para que proporcionara a los trabajadores de mascarillas, batas impermeables, guantes y gafas de protección ocular, así como medidas higiénicas.

Por otro lado, LAB destaca que los dueños de las residencias ██████ se esconderían tras una trama societaria con intereses en paraísos fiscales.

En este contexto, el sindicato habría reclamado al Departamento de Salud del Gobierno Vasco, la designación de un empleado público que interviniera la residencia. Ello dio lugar a un procedimiento de medidas cautelarisimas que se siguió ante la Sección Segunda de esta sala. Esta denegó la medida interesada mediante auto dictado el diecisiete de abril del corriente, al entender que la competente en materia de residencias de ancianos era la Diputación Foral de Vizcaya, y no la comunidad autónoma.

A partir de ahí, el escrito explica que, desde la declaración del estado de alarma, se habrían dictado distintas normas destinadas a regular los diferentes aspectos precisos para hacer frente a la pandemia. En concreto, hace referencia a la orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de ancianos y centros sociosanitarios. En ella se explicaban las medidas que debían adoptar estos centros para proteger tanto a los residentes como a los trabajadores.

En ese mismo contexto sitúa la orden SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecieron medidas complementarias de carácter organizativo y de suministro de información en el ámbito de los centros de servicios sociales de carácter residencial, de ancianos y centros sociosanitarios. Esa orden contempla la posibilidad de que la autoridad competente intervenga los centros residenciales mediante la adopción de una serie de medidas entre las que se encuentra la designación de un empleado público que dirija y coordine la actividad asistencial de esos centros. De hecho, se impone a la autoridad competente la obligación de designar ese empleado cuando se produzca un incremento inesperado de fallecimientos o se dé alguna situación excepcional. Además, se establece que esa designación debe hacerse en el plazo de 24 horas desde que se comunique la concurrencia de alguna de esas situaciones.

Seguidamente, LAB indica las deficiencias que, según su criterio, se habrían dado en el funcionamiento de ~~el centro~~ durante la pandemia. En concreto, se queja de la inexistencia de un plan de contingencia; de que la sectorización del centro no se habría materializado por niveles de afectación ni se habrían organizado grupos de trabajadores para la atención según su gravedad; tampoco se habría entregado a la plantilla los EPIs necesarios; no existiría una organización adecuada; los usuarios estarían aislados en sus habitaciones y no habrían recibido las atenciones precisas; no se tomaría la temperatura en el acceso al centro; no habría rotaciones; solo se habrían desinfectado las instalaciones en una ocasión; y no se habría sustituido a las personas de baja.

A partir de ahí, LAB habría reclamado al Departamento de Salud del Gobierno Vasco, el día 15 del mes en curso, la intervención del centro, conforme a lo previsto en la orden SND/275/2020. Comoquiera que esta medida fue rechazada, por entenderse que la competente era la Diputación Foral de Vizcaya, el sindicato dirigió a esta un nuevo escrito solicitando lo mismo, el 20 de abril de 2020.

La parte actora justifica esta solicitud por la existencia de un incremento inesperado en los fallecimientos durante la pandemia y un alto número de contagiados entre residentes y trabajadores. A ello se sumaría el hecho de que se habrán reducido sustancialmente los medios personales como consecuencia del alto número de bajas. Finalmente, entiende que la empresa habría incumplido sus deberes y obligaciones estrictas.

Pese a haberse efectuado la comunicación prevista en la orden, la Diputación Foral de Vizcaya habría dejado transcurrir el plazo de 24 horas sin dirigir contestación alguna. LAB defiende que no es preciso que esa comunicación la efectúe el centro residencial. Considera suficiente con que se comunique alguna de las situaciones contempladas en la

orden a la autoridad competente. Precisamente esto sería lo que habría sucedido en el caso que nos ocupa. De tal modo que, de darse alguna de esas situaciones, cualquiera que hubiera sido el comunicante, la administración estaría obligada a intervenir la residencia.

Al no haberse hecho así, el sindicato alega que se habrían vulnerado los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, tanto de los residentes como de los trabajadores. Por lo demás, niega que se está ejercitando una reclamación de EPIS u otros recursos. Por consiguiente, no estaríamos ante un asunto cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción social. Explica que la Diputación y el Gobierno Vasco habrían desatendido sus obligaciones en materia de protección de la salud de los ciudadanos y de los trabajadores afectados. Con esta forma de proceder, habrían generado un grave riesgo de contagio.

SEGUNDO.- POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO.

La comunidad autónoma, por su parte, reclama la denegación de la medida por diversas razones.

En primer lugar, alega que concurre la excepción de cosa juzgada. Explica que el auto de 17 de abril del corriente denegó la misma medida cautelar, solicitada en el marco de un procedimiento con idéntico objeto y los mismos sujetos, en lo que se refiere al actor y a la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco. A partir de ahí, niega que el desistimiento del sindicato y el planteamiento de la misma pretensión en un nuevo recurso, puedan convertirse en un medio para revisar una decisión judicial firme. Sostiene que únicamente una variación de los hechos que concurrían cuando se resolvió en la primera ocasión podría justificar una revisión de la denegación de la medida cautelar. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, no se habría producido ninguna variación.

La administración explica que la decisión contenida en el auto del día diecisiete se fundamentaría en dos razones. En primer lugar, se señalaba que la solicitud no se dirigía a la autoridad competente. En segundo lugar, se indicaba que no constaba que se hubiese efectuado comunicación por el centro asistencial. Respecto de este último aspecto, destaca que, a día de hoy, tampoco constaría que la residencia la haya dirigido. En cuanto al primer aspecto, señala que no se habría producido ninguna modificación en la normativa aplicable que haya atribuido la competencia a la comunidad autónoma. Reconoce que la lucha contra la pandemia en el ámbito de las residencias de ancianos requiere una estrecha comunicación y coordinación con la autoridad sanitaria. Ahora bien, la medida contemplada en la orden SND/275/2020 tendría un alcance claramente organizativo. No se trataría, pues, de medidas de naturaleza sanitaria ni atribuibles a la autoridad sanitaria. Por consiguiente, la competencia correspondería a la Diputación Foral de Vizcaya, conforme a lo dispuesto en la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales. Ello impediría al Departamento de Salud la designación de empleado público alguno destinado a intervenir la residencia.

Por otro lado y en cuanto al fondo del asunto, la administración niega que proceda la adopción de la medida de designación de empleado público. El motivo sería que, según su criterio, no se daría el supuesto de hecho previsto por la normativa para realizar esa designación. Explica que sería la administración la que está facultada para adoptar la decisión de intervenir la residencia, en el caso de que ello fuera necesario para dar cumplimiento a las medidas de aislamiento, limpieza o coordinación con los órganos

sanitarios a efectos de diagnóstico y seguimiento. Esta facultad de la administración iría acompañada de un mandato impuesto al centro residencial, que debe comunicar su situación, en el caso de que se vea sobrepasado.

Sin embargo, la comunidad autónoma entiende que, en el caso que nos ocupa, no concurriría el supuesto de hecho que llevaría a adoptar la medida pretendida. Reconoce que, en la residencia ██████████ se habría producido un alto número de víctimas de la enfermedad, a la vista de la situación de especial vulnerabilidad de los residentes. Ahora bien, considera que el recurso sería altamente impreciso. Niega que ofrezca un fundamento concreto que sirva como desencadenante de la obligación de designar un empleado público. Entiende que se habría limitado a reproducir los diferentes textos normativos relacionados con el caso, pero sin explicar cuál sería el fundamento jurídico en particular invocado. Igualmente impreciso sería a la hora de describir la realidad de la residencia. De hecho, entiende que se limitaría a encadenar denuncias de incumplimientos que, en gran medida, se referirían a la salud laboral, cuyo enjuiciamiento correspondería a la jurisdicción social. Igualmente, la administración llama la atención sobre el hecho de que, si bien LAB describiría omisiones de medidas, no explicaría cuál sería la situación de la residencia en el momento de interesar la adopción de la medida.

Frente a esa referida imprecisión, la comunidad autónoma opone las actas conjuntas de la representación del Departamento Foral de Acción Social y del Departamento de Salud del Gobierno Vasco. Estas detallarían las medidas adoptadas por el centro y su evolución. De hecho, las últimas actas mostrarían la existencia de escasas o nulas incidencias. Nos encontraríamos, por tanto, ante una situación controlada, que haría innecesaria la intervención de la administración.

TERCERO.- POSICIÓN DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE VIZCAYA.

Por su parte, la Diputación Foral de Vizcaya también rechaza la medida pretendida por LAB.

La administración niega que exista la más mínima prueba, siquiera indiciaria, de los perjuicios que se podrían derivar de la no adopción de la medida. Explica que lo solicitado por el sindicato sería una medida positiva. A partir de ahí, estima que, de no nombrarse el empleado público, no se ocasionaría al actor ningún perjuicio, dado que, de estimarse finalmente su recursos, se produciría la designación. De tal manera que, según su criterio, no procedería la adopción de la medida interesada habida cuenta de que se pretendería obtener, por la vía cautelar, lo mismo que constituye el objeto del procedimiento.

Por otro lado, la Diputación niega que concurran las circunstancias extraordinarias que justificarían la adopción de la medida. Explica que ella, conjuntamente con el Departamento de Salud, habrían girado varias visitas a ██████████ con la finalidad de comprobar la situación de la residencia. Las deficiencias que se advirtieron en las primeras visitas habrían sido corregidas con posterioridad. Ello supondría que las anomalías habrían sido erradicadas y que la situación actual sería de normalidad. Ello sería así desde el 17 de abril del corriente, tres días antes de la presentación del escrito por el sindicato.

CUARTO.- FALTA DE COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.

En primer lugar, hemos de referirnos a la competencia que ostentaría el Departamento de Salud del Gobierno Vasco para la adopción de la medida pretendida por LAB. De hecho, tal y como explica el propio sindicato, hubo un procedimiento previo al que ahora nos ocupa, en el que aparecía como demandada, exclusivamente, la Comunidad Autónoma. En su ámbito se pretendía la adopción de la misma medida reclamada en el caso que nos ocupa. Sin embargo, la Sección Segunda de esta sala rechazó la medida, al entender que era a la Diputación Foral de Vizcaya a quien correspondía, en su caso, la intervención de la residencia mediante la designación de un empleado público. En concreto, ese auto, de diecisiete de abril de 2020, razonaba sobre este aspecto lo que sigue:

“En segundo lugar, como resulta de la Orden de 27 de marzo de 2020, de la Consejera de Salud (BOPV de 1 de abril de 2020), en su apartado tercero:

«Se autoriza a los órganos competentes en materia de servicios sociales de las Diputaciones Forales de Araba/Álava, Bizkaia y Gipuzkoa de la Comunidad Autónoma de Euskadi para que, en el marco competencial vasco en materia de servicios sociales, apliquen las medidas establecidas en la Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, y la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, ambas dictadas al amparo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19. Ello, sin perjuicio de las medidas que corresponden al ámbito competencial del Departamento de Salud.»

Es decir, que según resulta de esta orden corresponde a las diputaciones forales la aplicación de las medidas establecidas, por ser la autoridad competente en esta comunidad autónoma, según el marco competencial vasco en materia de servicios sociales.”

Notificada esta resolución a la parte actora, esta desistió del procedimiento para, a continuación, volver a plantear la misma pretensión si bien, en este caso, dirigida, no solo contra la comunidad autónoma, sino también contra la Diputación. Ahora bien, en su escrito, LAB no hace ningún esfuerzo argumental para combatir los razonamientos del auto de la Sección Segunda y justificar el motivo por el que, según su criterio, el Departamento de Salud del Gobierno Vasco es competente para intervenir la residencia.

A partir de ahí, no podemos sino remitirnos a los argumentos expuestos en el auto de 17 de abril de 2020, que nos llevan a la conclusión de que el Departamento de Salud del Gobierno Vasco carece de competencia para adoptar la medida pretendida. Es cierto, tal y como expone la comunidad autónoma en su escrito, que la lucha contra la pandemia requiere una actuación coordinada de distintas administraciones públicas. Ahora bien, ello no nos puede llevar a pasar por alto el reparto competencial establecido en nuestra normativa en materia de servicios sociales. Competencias que están atribuidas a las diputaciones forales. De ahí la previsión específica de la orden de 27 de marzo de 2020, a la que antes hemos hecho referencia.

QUINTO.- IMPROCEDENCIA DE APLICAR EL ARTÍCULO 136.1 DE LA LEY 29/1998.

Tiene razón la Administración General de la Comunidad Autónoma cuando afirma que la solicitud planteada por LAB adolece de falta de precisión. Así, si bien en ocasiones apunta a la existencia de inactividad de la administración, no termina de desarrollar esa idea ni explica los motivos por los que, según su criterio, nos encontraríamos ante un

supuesto del artículo 29 de la Ley 29/1998. En cualquier caso, lo cierto es que la actuación recurrida no puede calificarse, en sentido técnico, como tal inactividad administrativa. En efecto, la aplicación de dicho precepto requiere que la administración se encuentre “obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas”. Además, exige que esa obligación derive “de una disposición general que no precise de actos de aplicación”, o “de un acto, contrato o convenio administrativo”. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, nos encontramos ante medidas de intervención administrativa limitativas de las facultades privadas, propias del sector de protección civil de la población por razones sanitarias. No estamos, pues, ante ninguna prestación, que es lo que permitiría la aplicación del mencionado artículo 29.

En la medida en que no existe inactividad administrativa, no resulta aplicable el primer apartado del artículo 136 de la Ley 29/1998. Ello supone que la petición de LAB ha de analizarse de acuerdo con los criterios generales contenidos en los artículos 129 y 130 del mismo texto legal.

SIXTO.- REQUISITOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES.

Los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998 recogen la posibilidad de la solicitud y adopción de medidas cautelares en el ámbito de los procedimientos contencioso – administrativos. A partir de ahí, la jurisprudencia ha ido perfilando los requisitos precisos para que puedan adoptarse tales medidas. Así, el auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de veintiocho de marzo de 2019 (recurso 47/2019) exponía lo que sigue:

“(TERCERO).- *Esencia de las medidas cautelares.*

En los autos de 8 de marzo de 2017 (recurso 88/2017), 14 de julio de 2009 (recurso 70/2009) y 31 de marzo de 2011 (recurso 169/2011) de esta sala y sección recordábamos lo dicho en la sentencia de 4 de febrero de 2008, recaída en el recurso de casación 926/2006 sobre la constante doctrina acerca de que nuestro ordenamiento parte del principio de eficacia de la actividad administrativa (art. 103.1 CE) y del principio de presunción de validez de la actuación administrativa (art. 57 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

Establece el art. 129 LJCA 1998 la posibilidad de interesar la adopción de medidas cautelares para luego declarar el art. 130 «1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso. 2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de esta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el juez o tribunal ponderará en forma circunstanciada.»

Los mencionados preceptos suponen la plasmación legal de una consolidada doctrina jurisprudencial y del Tribunal Constitucional de la que consideramos oportuno destacar algunos de los aspectos más relevantes. Todo ello para responder a los alegatos aquí suscitados así como a la oposición que formula el abogado del estado.

El máximo intérprete constitucional ha sentado que la justicia cautelar forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 115/87, 7 de julio, 238/92, 17 diciembre, 148/93, 29 de abril) ya que «la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga

en el proceso». Sucede, en consecuencia, que «la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue» (STC 148/93, 29 de abril).

Posición que asimismo ha mantenido este Tribunal Supremo al declarar que «la necesidad de atenerse a la singularidad de cada caso debatido por las circunstancias concurrentes en el mismo, lo que implica, desde luego un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes» (ATS de 10 de julio de 2008, recurso 292/2008 con cita de otros anteriores).

(CUARTO).- *La cautela en la aplicación de la apariencia de buen derecho.*

El proyecto de Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa recogía explícitamente el criterio de la apariencia de buen derecho, aquí esgrimido, mas fue suprimido en trámite parlamentario. No alcanzó, pues, el rango de norma positivizada en la LJCA aunque posteriormente se plasmara en la LEC 1/2000, cuyo artículo 728 reza «peligro por moral procesal. Apariencia de buen derecho. Caucción».

El ATS 26 de septiembre de 2018 (recurso 279/2018) con cita ATS de 2 de noviembre de 2016 (recurso 4.674/2016) señala que «la aplicación de la regla de apariencia de buen derecho va indisolublemente ligada al examen de la cuestión de fondo, lo que obligaría a pronunciarnos anticipadamente sobre la validez del real decreto impugnado, lo que está vedado al incidente cautelar».

Se ha aceptado la apariencia de buen derecho conjugada con el peligro por moral procesal a que se refiere la LEC, de aplicación supletoria en este orden jurisdiccional, engarzada con la necesidad de no hacer perder su finalidad legítima al recurso, cuando el órgano jurisdiccional se ha pronunciado, anulándolo, sobre un acto similar al impugnado (ATS 31 de marzo de 2011, recurso 169/2011).

Puede caber el caso de que, con anterioridad a la adopción de la medida cautelar cuestionada, el órgano jurisdiccional se hubiere pronunciado, en otros pleitos, sobre la invalidez del acto cuestionado (STS de 13 de junio de 2007, recurso de casación 1.337/2005) absolutamente manifiesta.

Criterio análogo la STS 14 de diciembre de 2016, recurso casación 3.714/2015, al reiterar, con cita de precedentes, 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 artículo 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.»

En esa misma línea se decanta el Tribunal Constitucional al sostener que no cabe, por tanto, prejuzgar el fondo del asunto por lo que son ajenas al incidente cautelar las cuestiones que corresponde resolver el proceso principal (STC 148/1993, 29 de abril).”

Por su parte, la sentencia de nueve de diciembre de 2014 (rec. 989/2013), nos explica que la adopción de “las medidas cautelares en el recurso contencioso-administrativo de la Ley 29/1998 se fundamenta en un presupuesto claro y

evidente: la existencia del *periculum in mora*. (...), no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, «la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero». El criterio de la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. En la sentencia de esta sala de 8 de mayo de 2008 se sintetizan los criterios de esta Sala Tercera en materia cautelar, destacando dos aspectos: En primer término, la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado *periculum in mora* como fundamento de las innominadas medidas cautelares; y, en segundo lugar, la exigencia, al mismo tiempo, de una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. Así lo ha destacado la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la Ley 29/1998. Decíamos en aquella ocasión que la exégesis del art. 130 de la Ley 29/1998 conduce a las siguientes conclusiones:

«a) la adopción de la medida exige, de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, 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 merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso;

b) aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y,

c) en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada»”.

SÉPTIMO.- APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS ANTERIORES AL CASO CONCRETO.

Como ya hemos explicado, LAB pretende la intervención de la residencia ██████████, mediante la designación que un empleado público. Esta medida se encuentra prevista en la orden SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecieron medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información en el ámbito de los centros de servicios sociales de carácter residencial en relación con la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

En concreto, el apartado tercero de su punto tercero, incorpora la posibilidad de que la autoridad competente, “en función de la situación epidémica y asistencial de cada centro residencial o territorio concreto, y siempre atendiendo a principios de necesidad y de proporcionalidad”, intervenga los centros residenciales. Entre las medidas de intervención, el apartado cuarto de ese mismo punto incluye, en su letra c), “la designación de un empleado público para dirigir y coordinar la actividad asistencial de estos centros”. Es más, el apartado quinto impone a la autoridad competente la obligación de designar ese empleado público en el caso de que concurra alguno de los siguientes supuestos:

“a) Cuando se produzca un incremento no esperado de los fallecimientos durante la epidemia por COVID-19.

b) En cualquiera de las situaciones excepcionales que se establecen en el apartado quinto”

Tales situaciones excepcionales serían las siguientes:

“a) Imposibilidad, por ausencia de medios personales, materiales, circunstancias físicas o de otra índole, para cumplir con lo indicado en la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros sociosanitarios, y especialmente en lo relativo a las normas de aislamiento.

b) Imposibilidad para gestionar adecuadamente la conservación y retirada de cadáveres por acumulación y/o ausencia de servicios funerarios disponibles.

c) Cualquier otra circunstancia análoga que ponga en grave peligro la integridad y sostenimiento del servicio que se presta”.

LAB, en su escrito, alega que concurren los motivos que harían obligatorio, para la administración, la intervención de la residencia [REDACTED], mediante la designación de un empleado público. En concreto, hace referencia a la existencia de un incremento en el número de defunciones, generado por el Covid-19. Igualmente, menciona la ausencia de medios de protección para trabajadores y residentes, así como de mecanismos y planes de contención. Todo ello habría llevado, según su criterio, a una situación insostenible que implicaría un peligro para el derecho a la vida y la integridad física, no solo de trabajadores y residentes, sino también de los ciudadanos en general, al constituir un brote incontrolado del virus.

Para justificar la necesidad de adopción de la medida a fin de evitar un mal mayor, el sindicato acompaña diversos escritos presentados por las delegadas de prevención del centro reclamando la adopción de medidas; escritos elaborados por la empresa dando cuenta de la situación; una noticia de prensa, de diez de abril del corriente, informando del fallecimiento de 8 ancianos, así como de la existencia de numerosos residentes y trabajadores enfermos de coronavirus; una noticia, de treinta de marzo de 2020, informando de que las instalaciones de la residencia se habían desinfectado por los bomberos; un auto dictado, el quince de abril del presente, por el Juzgado de lo Social número 5 de los de Bilbao, mediante el cual se acordaba, como medida cautelarísima, requerir a [REDACTED] para que proporcionara, a sus trabajadores, medidas de protección adecuadas; y una noticia, publicada el quince de abril del año en curso, relativa a un entramado societario de los dueños de [REDACTED] y su relación con paraísos fiscales. Este último documento, no aporta nada a la cuestión objeto de debate en el presente procedimiento ni sirve para el esclarecimiento de los hechos, habida cuenta de que, de ella, no se deriva la existencia de ninguna situación que, conforme a la orden estudiada, requiera una intervención de la administración en la residencia [REDACTED].

En cuanto al resto de documentos, hemos de destacar que la noticia publicada en prensa relativa a la trágica defunción de ocho residentes y el auto de adopción de medidas cautelarísimas en el ámbito social son de fecha de diez y de quince del mes corriente respectivamente. Ahora bien, no podemos pasar por alto el hecho de que la solicitud de la medida cautelar *in audita parte* que ahora nos ocupa se presentó el veintidós de abril. Habían transcurrido, pues, varios días durante los cuales la administración, tal y como ha acreditado, llevó a cabo diversas actuaciones de gran trascendencia a la hora de decidir sobre la necesidad inmediata de adopción de la medida interesada. En efecto, tal y como hemos señalado, la administración solo puede intervenir la residencia en el caso de que concurra alguna de las circunstancias a las que antes hemos hecho referencia. De tal modo que, de no darse ninguna de ellas, no puede apreciarse la existencia de *periculum in*

moral, habida cuenta de que no estaría justificada, de ninguna de las maneras, la intervención de la administración.

Pues bien, es cierto que, de la documentación aportada por el sindicato se desprende que, en los primeros momentos de la pandemia, existió una situación difícil en la residencia ██████████ que se tradujo en el triste fallecimiento de varios ancianos. Ahora bien, la administración no permaneció impasible ante esta situación. En efecto, el Departamento de Salud del Gobierno Vasco y el Departamento de Acción Social de la Diputación Foral de Vizcaya llevaron a cabo diversas actuaciones orientadas a corregir las disfunciones advertidas en la residencia de ██████████.

Así, consta en autos que, el catorce de abril de 2020, se llevó a cabo una visita para recabar información relativa a las medidas adoptadas por el centro para hacer frente a la situación provocada por el Covid-19. En el acta elaborado como consecuencia de esa visita, se recoge que había 15 fallecimientos de residentes sospechosos de coronavirus (de los cuales, 5 estaban confirmados). Igualmente, se hicieron constar las deficiencias advertidas y las medidas que debía adoptar la empresa para corregirlas.

Al día siguiente, se giró una nueva visita con el fin de valorar si se había comenzado a implantar las medidas recomendadas. Nuevamente, se indicó a la empresa qué actuaciones debían acometerse con la finalidad de superar las deficiencias advertidas.

Dos días más tarde, se realizó una tercera visita para verificar la implantación de las medidas. En esa ocasión, la administración pudo comprobar que se habían corregido muchas de las deficiencias advertidas en las dos visitas anteriores y que otras estaban en proceso de ser corregidas.

Finalmente, consta otra visita que se llevó a cabo el veintidós de abril (el mismo día en que se presentó la solicitud de medida cautelar *in audita parte*). En esta ocasión, los dos técnicos de las dos administraciones hicieron constar que la valoración era positiva en todos los sentidos.

Vemos, pues, cómo la situación de ██████████ ha evolucionado rápidamente desde principios de este mes hasta ahora. De tal modo que, tal y como reconoce la propia administración, la empresa habría adoptado todas las medidas que se le habrían indicado con la finalidad de poner fin a la difícil situación por la que estaban atravesando. De hecho, el propio Juzgado de lo Social número 5 de Bilbao habría dictado sentencia 84/2020, de veintisiete de abril, a través de la cual se habría absuelto a ██████████ de la demanda presentada por un sindicato contra ella, por vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la integridad física de los trabajadores. El motivo por el que se había interpuesto la demanda era que el sindicato recurrente consideraba que no se habían cumplido por la empresa las obligaciones en materia de seguridad de los trabajadores ante la crisis provocada por la pandemia. Sin embargo, la magistrada apreció que la empresa había ido cumpliendo, en la medida de sus posibilidades, con tales obligaciones. Ello sería indicativo, también, de la falta de una situación extrema que exija la intervención de la administración sin la cual podrían derivarse los perjuicios invocados por LAB.

Todo ello nos lleva a la conclusión de que el sindicato recurrente no ha acreditado suficiente la concurrencia de una situación que exija la intervención de la administración. Por consiguiente, hemos de denegar la medida cautelar interesada por LAB.

OCTAVO.- COSTAS.

No procede la imposición de costas a las partes, habida cuenta de que asunto presentaba serias dudas de hecho. En efecto, no podemos pasar por alto el hecho de que, en un principio, la residencia se encontró en una situación difícil que exigió una actuación por parte de la administración con la finalidad de corregir las deficiencias en materia de seguridad que existían en [REDACTED].

Ante lo expuesto, la Sala,

DISPONE

Denegar la medida cautelar interesada.

No hacer expresa imposición de costas.

Llévese testimonio de esta resolución a los autos principales.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante **RECURSO DE REPOSICIÓN**, por escrito presentado en esta Sala en el plazo de **CINCO DÍAS**, contados desde el siguiente a su notificación, no obstante lo cual se llevará a efecto la resolución impugnada (artículo 79.1 LJCA).

Para la interposición del recurso será necesaria la previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con n.º 4697 0000 90002920, de un **depósito de 25 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso". Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15.ª LOPJ).

De conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, **los plazos** establecidos en esta resolución **NO se encuentran suspendidos** al tratarse este de un supuesto considerado urgente o esencial.

Así por este su auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados antes nombrados, componentes de este Tribunal, de lo que yo, Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

