

**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: 00.01.3-20/000312

NIG CGPJ: 48020.33.3-2020/0000312

Procedimiento Origen: Protección jurisdiccional333/2020

Procedimiento: Medidas cautelares 30/2020 - Sección 1ª

Demandante / Demandatzailea: LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEA -LAB-

Representante / Ordezkarria: IDOIA GUTIERREZ ARETXABALETA

MINISTERIO FISCAL

Demandado / Demandatua: GOBIERNO VASCO-DEPARTAMENTO DE SANIDAD y DIPUTACION FORAL DE ALAVA-ARABAKO FORU ALDUNDIA

Representante/Ordezkarria: MONIKA DURANGO GARCIA

Representante/Ordezkarria: LETRADO 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 ALAVA-ARABA COMO AL DEPARTAMENTO DE SANIDAD DEL GOBIERNO VASCO, CON FECHA 14-04-20 Y 20-04-20 RESPECTIVAMENTE, EN RELACION A LA NECESIDAD DE INTERVENCION PUBLICA EN EL CENTRO DE LA COMUNIDAD DE

, GESTIONADO POR LA MERCANTIL , UBICADO EN VITORIA-GASTEIZ

AUTO

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE: D. LUIS ANGEL MURGOITIO ESTEFANIA

MAGISTRADOS: D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA

D.ª TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO

Siendo Ponente: D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA.

En Bilbao a treinta de abril de dos mil veinte.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Por el Sindicato LAB, partiendo de la Resolución dictada por la Sección Segunda de esta misma Sala, en MCA nº 28/2012, el pasado día 17 de este mes en respuesta a solicitud de adopción de la medida cautelar urgente e *inaudita parte* consistente en la designación por el Departamento de Salud de la CAPV de empleado público a fin de que interviniera en el Centro de la Comunidad de las **gestionado por **S.L**" de Vitoria-Gasteiz, con todas las atribuciones y medios humanos y materiales que le confieren las Ordenes SND/275/2020 de 23 de marzo, y SND/322/2020, de 3 de abril, entre otras, formuló esta solicitud en nuevo proceso de Protección de Derechos Fundamentales con referencia nº 333/2020, con fundamento en la vulneración del artículo 15 CE, que se interpuso y turnó a esta Sección Primera del Tribunal el día 22 de los corrientes.**

SEGUNDO.- La medida cautelar instada resulta coincidente en fundamento con la que ha

sido desestimada por medio del referido Auto, si bien se articula ahora igualmente frente a la Diputación Foral de Alava, siempre en relación con el centro residencial para la tercera edad de la Comunidad de ~~Comunidad de la Comunidad~~ gestionado por "~~Comunidad de la Comunidad~~ S.L", ubicado en Vitoria-Gasteiz.

TERCERO.- Reunido el Tribunal, por medio de Auto de 23 de abril, se adoptaba la siguiente resolución;

"ANTES DE RESOLVER EN DEFINITIVA SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR URGENTE PROMOVIDA POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DEL SINDICATO LAB, ÓIGASE POR PLAZO COMUN DE TRES DIAS A LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA CAPV (DEPARTAMENTO DE SALUD), Y A LA DIPUTACIÓN FORAL DE ALAVA, (SERVICIOS SOCIALES) ACERCA DE LA PROCEDENCIA DE LA REFERIDA MEDIDA, Y UNA VEZ TRANSCURRA DICHO PLAZO, SE ACORDARÁ".

CUARTO.- En el término conferido se ha registrado el día 29 de abril escrito de la Administración de la CAPV, oponiéndose a dicha medida en virtud de los fundamentos y razones que posteriormente se examinarán.

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El encuadre de la medida cautelar solicitada, pese a algunas alusiones de la parte que la propone, supone que no sea de aplicación al caso el artículo 136.1 LJCA, pues la actuación de los poderes públicos autonómicos y forales que se propugna no se califica en sentido técnico como "*inactividad administrativa*" del artículo 29.1 de la referida ley.

Se está ante medidas de intervención administrativa limitativas de las facultades privadas, que son propias del sector de protección civil de la población por razones sanitarias y que carecen de todo carácter prestacional a efectos de dicha figura.

Se trata, por tanto, de una solicitud de actividad que no goza del régimen cautelar asistido de la regla de preceptiva adopción a que dicho artículo 136 se refiere, y que debe analizarse desde los parámetros generales de los artículos 129 y 130 de la Ley Jurisdiccional dentro de su directriz como medida cautelar de sentido positivo y no de suspensión de ejecutividad de ninguna actuación previa.

En esa perspectiva, la central sindical **Langile Abertzaleen Batzordea (LAB)** promueve la intervención pública de lo que denomina centro de la Comunidad de las Monjas ~~Comunidad de las Monjas~~, que considera asimilada a centro residencial privado, invocando criterios cautelares como el *peligro en la demora* referida a la vida e integridad de residentes y trabajadores de ~~Comunidad de las Monjas~~ S.L, o como la *apariencia de buen derecho* que pone de manifiesto en particular en base al carácter imperativo de dicha medida de intervención

publica a la vista de las Órdenes SND 275/2020 de 23 de Marzo, y 332/2020, de 3 de abril.

A ello opone sucesivamente la Administración de la CAPV, tras una inicial referencia a la naturaleza del centro, -instituto religioso de vida consagrada o apostólica, llamado *Casa Santa Joaquina de Vedruna*, registrado como entidad religiosa del Real Decreto 594/2015, de 3 de Julio-, la concurrencia de cosa juzgada, (al haberse desestimado ya la misma medida por Auto de esta misma Sala, (Sección Segunda), en el PJU nº 329/2020); a la incompetencia del Departamento de Salud del GV para doptar la medida soliictada en base a la Orden de la Consejera de Salud de 27 de marzo de 2.020, que la atribuye a las Diputaciones Forales respectivas; a no tener la casa de las Carrmelitas la consideración de residencia a efectos de la aplicación de las Ordenes invocadas; o, a haberse adoptado diferentes medidas sanitarias de apoyo por la propia Administración de la CAE, que describe.

SEGUNDO.- Para hacer una breve introducción respecto a la normativa de emergencia que se pretende de aplicación, la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, precisaba que la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, estableció en su artículo tercero que, con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podría adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, *de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato*, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.

Se añade luego que;

“Los mayores, las personas con discapacidad u otros usuarios de residencias y otros centros sociosanitarios se encuentran en situación de vulnerabilidad ante la infección COVID-19 por varios motivos, como son entre otros, que habitualmente presentan edad avanzada; patología de base o comorbilidades; y su estrecho contacto con otras personas, como son sus cuidadores y otros convivientes.

Cuando se produce el diagnóstico de un caso de COVID-19 en un centro en el que resida población vulnerable, se pone en marcha la declaración o comunicación de caso que esté establecida, en su caso, por la autoridad sanitaria.

Mediante la presente orden, en el marco del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y con el objetivo de proteger a la población más vulnerable de la infección por COVID-19, se establecen medidas organizativas para la atención sanitaria de los residentes afectados por el COVID-19 y de quienes conviven con ellos.”

Con esa primera determinación de los destinatarios pasivos de las medidas organizativas sanitarias (residentes enfermos y residentes que conviven con ellos), no se excluye la toma en consideración protectora y preventiva hacia el personal de los centros, en tanto que agente humano que, posible trasmisor y receptor en relación con los residentes, puede

incidir sobre la propagación vírica, y así, establece la Orden en su ordinal primero, medidas relativas a todo el personal, sanitario y no sanitario, que preste servicio en las residencias de mayores y otros centros sociosanitarios, en el siguiente sentido;

“1. Todos los trabajadores que por razón de su actividad profesional tengan contacto directo con los residentes deben seguir las medidas de protección recomendadas por el Ministerio de Sanidad, según al nivel de riesgo al que están expuestos.

2. En la medida de lo posible, se debe reducir al mínimo el número de trabajadores en contacto directo con un residente afectado por un caso posible o positivo de COVID-19, así como el tiempo de su exposición.

Con este objetivo, los trabajadores de estos centros deben ser asignados a cada uno de los grupos de residentes que se señalan en el punto segundo.1 de esta orden, garantizando que sean los mismos los que interactúen en los cuidados de cada uno de estos grupos. *No se deben producir rotaciones de personal asignado a diferentes zonas de aislamiento.*”

No obstante lo anterior, a afectos de la acreditación del "*periculum in mora*" que se esgrime tanto en relación con residentes como con con el personal laboral de " S.L", debe verificarse si la específica medida que cautelarmente se propone afecta al círculo de intereses -y es susceptible de generar perjuicios irreparables o de difícil o imposible reparación en lo que se corresponde con el interés colectivo del personal al servicio de la residencia afectada-, que funde una legitimación de plena incidencia cautelar, no solo basada en el mero interés en la observancia de la legalidad, que la excluiría, (y la asimilaría al mero ejercicio del Derecho de Petición del artículo 32 CE), y que tome cuerpo en la afección de esa concreta medida a la preservación de la salud y la integridad física de empleados que asumen un riesgo cualificado por razón de su relación laboral.

Se dice entre otras, en la STC Sección 1ª, 148/2014, de 22 de Septiembre de 2014) que;

“.....en relación con la legitimación de los sindicatos, en la STC 202/2007, de 24 de septiembre , sistematizando nuestra doctrina, recordamos que ha de partirse de "un reconocimiento abstracto o general de la legitimación de los sindicatos para impugnar ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario. Así, hemos dicho que los sindicatos desempeñan, tanto por el reconocimiento expreso de la Constitución (arts. 7 y 28) como por obra de los tratados internacionales suscritos por España en la materia, una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores que no descansa sólo en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo. La función de los sindicatos, desde la perspectiva constitucional, no es únicamente la de representar a sus miembros a través de esquemas propios del Derecho privado, pues cuando la Constitución y la Ley los invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores, sean de necesario ejercicio colectivo, sin estar condicionados a la relación de pretendido apoderamiento ínsita en el acto de afiliación. Por esta razón, es posible, en principio, reconocer legitimado al sindicato para accionar en cualquier proceso en que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores (por todas, SSTC

101/1996, de 11 de junio, 203/2002, de 28 de octubre, 142/2004, de 13 de septiembre, y 28/2005, de 14 de febrero)."

No obstante señalábamos que "venimos exigiendo que esta genérica legitimación abstracta o general de los sindicatos tenga una proyección particular sobre el objeto de los recursos que entablen ante los Tribunales mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, pues, como se dijo en la STC 210/1994, de 11 de julio, FJ 4, la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en que ésta pretenda hacerse valer. La conclusión es que la legitimación procesal del sindicato en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se ha de localizar en la noción de interés profesional o económico; concepto este que ha de entenderse referido en todo caso a un interés en sentido propio, cualificado o específico, y que doctrinal y jurisprudencialmente viene identificado en la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en el supuesto de que prospere la acción intentada, y que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esto es, tiene que existir un vínculo especial y concreto entre el sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate (SSTC 7/2001, de 15 de enero, FJ 5; y 24/2001, de 29 de enero, FJ 5)".

Para dirimir esa concurrencia hay que remitirse a la posterior y complementaria Orden SND 275/2020, en cuyo artículo 4º se recoge el abanico de las medidas de intervención que puede adoptar el poder público competente, dicho como resumen;

a) El alta, la baja, reubicación y traslado de los residentes a otros centros residenciales, con independencia de su carácter público o privado, (...)

b) La adopción de las medidas oportunas para la puesta en marcha de nuevos centros residenciales y la modificación de la capacidad u organización de los existentes.

*c) En los casos en los que un centro residencial cuente con pacientes clasificados en los grupos b), c) y d) del apartado segundo.1 de la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, **la designación de un empleado público para dirigir y coordinar la actividad asistencial de estos centros.***

A estos efectos, dicho empleado público dispondrá de los recursos materiales y humanos disponibles en el centro residencial intervenido, así como de los recursos vinculados con la actividad sanitaria asistencial que se presta de forma habitual a los residentes en el mismo, tanto en el propio centro residencial como en el sistema de salud correspondiente.

*En particular, garantizará que se han adoptado las medidas establecidas **en los apartados segundo, tercero, quinto y sexto** de la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, sobre la **ubicación y aislamiento de pacientes, limpieza, coordinación para el diagnóstico, seguimiento y, en su caso, derivación de los residentes.***

El expediente que se abra al efecto por parte de la autoridad competente que ha ordenado la intervención incluirá un informe sobre la situación inicial, el detalle de la intervención realizada y la situación final una vez realizada esta.

d) La modificación del uso de los centros residenciales objeto de esta Orden para su utilización como espacios para uso sanitario de acuerdo con lo establecido en el apartado noveno de la Orden SNS/232/2020, de 15 de marzo, (...)

5. La autoridad competente deberá proceder a la designación de empleado público a la que se refiere el párrafo c) del apartado anterior, cuando 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.*

Esta designación deberá realizarse en un plazo no superior a veinticuatro horas desde que se produzca la comunicación de alguna de las situaciones indicadas.

Señala dicho apartado Quinto sobre “**Concurrencia de situaciones excepcionales**”.

“1. Cuando concurra alguna de las situaciones excepcionales que se relacionan a continuación, todos los centros residenciales objeto de esta Orden deberán comunicarla de inmediato a las correspondientes Consejerías de Servicios Sociales y de Sanidad de la comunidad autónoma, así como a la Delegación o Subdelegación de Gobierno que corresponda a fin de recabar el auxilio urgente disponible para dar respuesta a la situación concreta:

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 socio-sanitarios, 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.

2. Las autoridades competentes *valorarán la situación*, y auxiliarán la misma de forma coordinada activando todos los medios ordinarios y excepcionales disponibles en su territorio.”

Como consecuencia de lo anterior, deduce esta Sala que, independientemente de que la puesta en conocimiento de esas situaciones, y la información a que los titulares de los centros asistenciales vienen obligados, constituya un deber de éstos que no excluye en medida alguna que la información provenga de otras fuentes, -como el propio personal laboral o los sindicatos representantes-, en la medida en que se trata de medidas adoptables **de oficio** y no sujetas a rogación de parte interesada, no se vislumbra a priori la conexión con el interés legítimo que al sindicato recurrente corresponde ejercitar, la adopción de la medida precisa que se suscita, consistente en que quede publicada temporalmente la gestión asistencial del centro en garantía de la observancia de determinados objetivos sanitarios y de protección, significativamente, no incluyen los del **apartado primero** de la Orden SND que antes hemos destacado, y si, en cambio los de los **apartados segundo a sexto**. Se verifica con ello que es en el ámbito de la organización y respuesta de los centros frente a los graves riesgos que padecen los residentes y sus penosos resultados, en los que se centra la intervención pública de la gestión o dirección, sin una repercusión directa ni reseñable en cuanto afecta a la situación -sin duda también gravemente comprometida-, de su personal, que queda inicialmente

confiada a la actuación de la Administración laboral, (Inspección de Trabajo) como en el caso consta que se ha materializado. No es así cometido de esa intervención pública sanitaria ordenar ni proveer las medidas, dotaciones y recursos, contrataciones, suplencias y demás vicisitudes que afecten al referido personal, y cuyas insuficiencias o trasgresiones deba dar lugar a la acción inspectora o sancionadora de los Poderes Públicos.

Para el presente caso, la misma parte litigante que solicita la medida cautelar hace plena referencia a las actuaciones llevadas a cabo por la Inspección de Trabajo e informadas el 6 de abril de 2.020 -f. 97 a 106 de esta pieza separada-, en relación con requerimientos de aplicación de medidas equivalentes a la sectorización de la residencia, señalización, limpieza y desinfección, entrega de mascarillas al personal entre otras, siendo éste el ámbito de actuación del poder público que parece inicialmente más acorde para evitar en lo posible la lesión a la integridad y salud del personal que el sindicato recurrente colectivamente representa.

TERCERA.- Si el planteamiento que se acaba de exponer, aleja ya la perspectiva de la causación de daños irreparables o pérdida de finalidad del proceso en el marco y en el contexto de la medida de intervención pública que se insta, no faltan tampoco otras apreciaciones de orden diferente que incumben a lo que se ha dado en llamar la *apariencia del buen derecho*, y que vienen representadas por los óbices que la representación de la CAPV opone a su prosperidad. Así;

-No va a pronunciarse en este trámite esa Sección del Tribunal sobre las referencias a la cosa juzgada, apuntando, eso sí, que las que ahora se pretenden se desarrollan en un proceso distinto sin posible incidencia del artículo 132.2 de la LJCA en relación con un anterior recurso ya desistido.

-En relación con la incompetencia de la Administración de la CAPV que se trae a colación por medio de la cita de la Orden de la Consejera de Salud de 27 de Marzo de este año, (BOPV, de 1º de abril de 2.020) en que la adopción de las medidas previstas en la Orden del Ministerio de Sanidad que actúa en el ámbito del Real Decreto 463/2010, de 14 de Marzo, (estado de alarma) como autoridad delegada, se **autoriza** a adoptar las medidas de la repetida Orden SND 275/2012 a las Administraciones forales del País Vasco, que son las titulares competenciales ordinarias de la materia de servicios sociales, se llegaría a conclusiones ambiguas si seguidamente se tiene en cuenta que el centro al que se refieren en este caso no estaría comprendido dentro del marco de esa delegación, por no darse en él la caracterización de un centro residencial o asimilado a los efectos de la Orden de que se trata, y no se descartaría así la incumbencia residual de todo esa haz de actuaciones a la propia autoridad sanitaria (o laboral) del País Vasco, radicada en la Administración de la CAE.

-En cualquier caso, a nivel de esa apariencia inicial, sí se aprecia que, sin que ello pueda significar una mayor desprotección sanitaria y civil de las religiosas residentes, (que la administración de la CAPV descarta), la medida de intervención mediante empleado público de la Orden 275/2020, tiene el significado de asumir la dirección asistencial que el titular de la residencia por definición ostente, siendo así en este caso que, antes bien, a

lo que se aspiraría es a sustituir en su dirección a una sociedad mercantil externa "~~XXXXXX~~ S.L", que no es titular de la misma ni consta que, como tal, gestione ni dirija dicho establecimiento religioso, limitándose a prestar mediante su personal determinados servicios de cocina, limpieza y cuidados a las residentes mayores, todo lo cual, junto con los óbices que se oponen en cuanto a la naturaleza de la institución, hace todavía más inidónea la aplicación de tales reglas limitativas establecidas por razones excepcionales.

CUARTO.- De todo lo anterior se deriva la desestimación de la solicitud, sin que, dada la situación particularmente grave en que se promueve la iniciativa, aquejada de las dudas, urgencias, lagunas e incertezas que en estos momentos caracterizan al orden jurídico-administrativo se considere procedente hacer especial imposición de costas. -Artículo 139.1 LJCA-.

En su virtud, la Sala, (Sección Primera),

A C U E R D A

NO ACCEDER A LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA EN ESTE RAMO SEPARADO DEL P.J.U N° 333/2020, POR LA PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES DOÑA IDOIA GUTIERREZ ARETXABAETA EN REPRESENTACIÓN DE LA CENTRAL SINDICAL LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEA -LAB-, SIN HACER 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 90 0030 20, 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.

