



Roj: **AJCA 15/2020 - ECLI: ES:JCA:2020:15A**

Id Cendoj: **36038450012020200001**

Órgano: **Juzgado de lo Contencioso Administrativo**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **15/04/2020**

Nº de Recurso: **86/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Medidas cautelares previas**

Ponente: **FRANCISCO DE COMINGES CACERES**

Tipo de Resolución: **Auto**

**XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1**

**PONTEVEDRA**

Modelo: S38300

RUA HORTAS Nº 2 - 3º PONTEVEDRA

**Teléfono:** 986805667-8 **Fax:** 986805666

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: CC

**N.I.G:** 36038 45 3 2020 0000234

**Procedimiento:** MCP MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS 0000086 /2020-CC

**Sobre ADMON. AUTONOMICA**

**De D/ña:** Herminio

**Abogado:** Herminio

**Procurador Sr./a. D./Dña:**

**Contra D/ña:** SERVIZO GALEGO DE SAUDE

**Abogado:** LETRADO DE LA COMUNIDAD

**Procurador Sr./a. D./Dña:**

**AUTO**

Pontevedra, 15 de abril de 2020

## **ANTECEDENTES**

1º.- En fecha 13 de abril de 2020 se turnó del Decanato a este Juzgado un escrito firmado por el Letrado D. Herminio , en su propio nombre y derecho y en el de su hijo Ismael , en el que instó la adopción de medidas cautelares urgentes previas al proceso contencioso- administrativo contra el Servicio Galego de Saúde de la Xunta de Galicia (SERGAS).

Literalmente solicitó en la "Súplica" final de su escrito:

*<<(…) procédase a adoptar (...) las medidas de refuerzo material y de personal requeridas (...) en defensa de su salud e integridad física y moral y de su hijo menor de edad D. Ismael así como de su derecho fundamental a su integridad física y moral, conforme a lo establecido por el artículo 15 CE , con colocación de un único paciente afectado por COVID - 19 en PLANTA000 del HOSPITAL000 integrante del Complejo Hospitalario de Pontevedra en garantía de la salud e integridad física y moral del demandante y recurrente y de su hijo menor de edad D.*



Ismael así como de su derecho fundamental a su integridad física y moral, conforme a lo establecido por el artículo 15 CE, en la preservación de la salud de D<sup>a</sup> Josefina y de restante personal sanitario al servicio de la PLANTA000 del HOSPITAL000 integrante del Complejo Hospitalario de Pontevedra a fin de preservar la salud del demandante y recurrente en el ejercicio de su derecho fundamental a la defensa como actividad esencial de los más necesitados en su defensa de sus derechos fundamentales por parte del demandante y recurrente; sin exigencia, por ello, de caución alguna; y ello ínterin se interponga y sustancie el Recurso Contencioso - Administrativo que ulteriormente se haya de interponer; con imposición de costas a la demandada en caso de oposición >>.

2º.- Ese mismo día la magistrada de guardia en los Juzgados Contencioso-Administrativos de Pontevedra dictó un Auto en el que dispuso lo siguiente:

<<No se aprecian las circunstancias de urgencia para adoptar la medida cautelar solicitada inaudita parte.

- Continúese la tramitación de la solicitud de tutela cautelar por el trámite ordinario, y, en tal sentido, dése traslado por **una audiencia** a la Administración demandada y al Ministerio Fiscal para que aleguen en relación a los siguientes puntos: 1) Posible inadmisibilidad de la solicitud de medida cautelar por no haber transcurrido el plazo de diez días que el artículo 30 LJCA señala para la contestación de la Administración en requerimiento previo, en relación con el artículo 46,3º LJCA; 2) Posible inadmisibilidad de la solicitud de medida cautelar por inexistencia de vía de hecho, lo cual imposibilitaría la admisión de la misma con carácter previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo, de acuerdo con el artículo 136 LJCA; 3) Posible inadmisibilidad de la solicitud por falta de legitimación activa del demandante, en atención a la concreta petición de medidas de protección para los sanitarios que prestar servicios en el CHOP, así como en relación a la propia forma de gestionar el tratamiento y cuidado de los enfermos en el citado hospital, que son los puntos en que se basa la reclamación; 4) Posible falta de jurisdicción del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, por tratarse de solicitud en materia de prevención de riesgos laborales, para lo cual, de acuerdo con el artículo 2,e) de la Ley 36/2011 reguladora de la jurisdicción social, sería competente esta jurisdicción. 5) En el caso de considerar admisible la solicitud de tutela cautelar, alegaciones sobre el fondo del asunto. hecho, lo cual imposibilitaría la admisión de la misma con carácter previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo, de acuerdo con el artículo 136 LJCA; 3) Posible inadmisibilidad de la solicitud por falta de legitimación activa del demandante, en atención a la concreta petición de medidas de protección para los sanitarios que prestar servicios en el CHOP, así como en relación a la propia forma de gestionar el tratamiento y cuidado de los enfermos en el citado hospital, que son los puntos en que se basa la reclamación; 4) Posible falta de jurisdicción del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, por tratarse de solicitud en materia de prevención de riesgos laborales, para lo cual, de acuerdo con el artículo 2,e) de la Ley 36/2011 reguladora de la jurisdicción social, sería competente esta jurisdicción. 5) En el caso de considerar admisible la solicitud de tutela cautelar, alegaciones sobre el fondo del asunto>>.

Dicha resolución se le notificó el mismo día 13 de abril al actor, al SERGAS y al Ministerio Fiscal, con el resultado que obra en autos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Con carácter general no es posible solicitar en el proceso contencioso-administrativo la adopción de medidas cautelares autónomas, sin pleito principal; es decir, sin que previa o simultáneamente se haya interpuesto el recurso contencioso-administrativo propiamente dicho ( artículo 129.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa -LJCA-).

Sólo, como excepción, se permite tal posibilidad mediante el cauce especial y restringido regulado en el artículo 136 (LJCA). Precepto que se circunscribe a << los supuestos de los arts. 29 y 30>>. Es decir, a la "inejecución de actos administrativos firmes " ( art. 29 LJCA), o a las " vías de hecho" ( art. 30 LJCA).

El actor manifiesta en su escrito de solicitud de medidas cautelares que el SERGAS ha incurrido en "vía de hecho", en el contexto actual de la epidemia de coronavirus -COVID19-, al habilitar la PLANTA000 ) del HOSPITAL000 (Complejo Hospitalario de Pontevedra) para el internamiento de infectados por el virus, a razón de dos enfermos por habitación y sin los equipos de protección necesarios para el personal sanitario. Considera que con ello se pone en grave riesgo de contagio a D<sup>a</sup> Josefina, auxiliar de enfermería destinada en dicha planta. Como conviven con ella en el mismo domicilio (es cónyuge del actor y madre del niño Ismael), entiende que con ese riesgo se está afectando a su derecho fundamental a la integridad física ( artículo 15 de la Constitución). También al derecho fundamental a la defensa letrada en los procesos judiciales ( artículo 24 de la Constitución) porque si su esposa le contagia el COVID-19 se verá imposibilitado para cumplir su labor de asesoramiento y defensa jurídica a sus clientes, en un momento singular en el que es muy necesaria.



La documentación aportada con su solicitud acredita que en fecha 8 de abril de 2020 presentó en la oficina de correos de la localidad de Marín un escrito dirigido al " *Servizo Galego de Saúde, Complejo Hospitalario de Pontevedra, Dirección de Enfermería*", en el que solicitó lo siguiente:

*<< procédase a adoptar de forma urgente en la PLANTA000 del HOSPITAL000 integrante del Complejo Hospitalario de Pontevedra medidas inmediatas de refuerzo de material homologado para su personal estatutario trabajador en forma de trajes de protección y mascarillas debidamente homologadas, aumentando el personal de refuerzo en dicha planta en orden a proteger la salud de dicho personal de dicha PLANTA000 respecto de los pacientes infectados de COVID-19 en aras de garantizarse la salud del Abogado defensor de derechos humanos escribiente en el ejercicio de su derecho fundamental a la defensa de derechos fundamentales y libertades públicas que en el ejercicio de sus funciones sociales lleva a cabo así como en defensa del hijo menor de edad del escribiente (...) en cumplimiento de las debidas exigencias impuestas tanto por el apartado primero del artículo 39 CE -deber de los poderes públicos de defensa de la infancia>>.*

II.- Pues bien, a la vista de toda la documentación obrante en autos se concluye la necesaria inadmisión de la solicitud de medidas cautelares, aceptándose los argumentos formulados por el Ministerio Fiscal en su informe de 15 de abril de 2015 y por la Letrada del SERGAS en sus alegaciones del día anterior, con las que adjuntó abundantemente documentación.

II.1.- En primer lugar, por la causa de inadmisión regulada en los artículos 69.c/ y 51.1.c) LJCA. El artículo 30 de la misma Ley dispone muy claramente, para los supuestos de "vía de hecho", que si el actor formula un **requerimiento previo** en la vía administrativa (potestativo), la Administración dispone del plazo de **diez días para responderlo**. Mientras tanto no puede interponerse el recurso contencioso-administrativo (ni, consecuentemente, solicitarse medidas cautelares en vía judicial).

En este caso, con toda evidencia, el actor interpuso su solicitud de medidas cautelares cuando todavía no había transcurrido el referido plazo de diez días desde la fecha de entrada del requerimiento previo en el registro del SERGAS. Ni siquiera a día de hoy ha transcurrido el referido plazo.

II.2.- En segundo lugar, con toda evidencia la actuación denunciada por el actor **no constituye una "vía de hecho"** propiamente dicha.

Tal y como acredita el SERGAS con la documentación unida a su escrito de alegaciones, las decisiones adoptadas sobre el destino y organización de la PLANTA000 del HOSPITAL000 ante la crisis del COVID-19 están motivadas y se han dictado en el marco de unos protocolos aprobados al efecto por la Administración sanitaria. El actor podrá discrepar de los mismos, pero no tachar dicha decisión organizativa de "vía de hecho". La misma conclusión se alcanza respecto de la denuncia sobre la ausencia de medios materiales necesarios para la evitación del contagio. No se corresponde con una "vía de hecho" propiamente dicha.

De manera que al no dirigirse realmente esta acción judicial frente a una "vía de hecho" real, debe inadmitirse de plano por no haberse interpuesto previa o simultáneamente el recurso contencioso-administrativo (pleito principal).

II.3.- En tercer lugar, se constata también un defecto de **falta de jurisdicción**. En puridad la denuncia del actor se corresponde con la materia de "prevención de riesgos laborales", cuyo conocimiento se le atribuye a la **jurisdicción social**, con carácter exclusivo y excluyente, conforme dispone el artículo 2.e) de la Ley rituaría 36/2011, de 10 de octubre (LRJS), incluso cuando los afectados son funcionarios.

Pueden citarse en este sentido el auto y la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fechas respectivas 6 de abril de 2020 (rec. 2/2020) y 24 de junio de 2019 (rec. 123/2018); el auto de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de abril de 2020 (rec. 9/2020) o la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2019 (rec. 251/2017).

II.4.- En cuarto y último lugar, porque la pretensión del sr. Herminio pone también en evidencia su **falta de legitimación activa** ( artículo 19.1.a/ LJCA).

Realmente su acción se dirige a defender intereses ajenos: La seguridad y salud en el trabajo de terceros que no son parte en el proceso judicial. Es muy significativo que la principal afectada por la situación de riesgo laboral que denuncia, su propia esposa, no haya firmado la reclamación previa, ni se haya personado en este proceso como parte actora. Tampoco lo ha hecho ninguna organización sindical de los empleados del Hospital.

Su interés en el asunto es indirecto. Afecta directamente a un tercero, su cónyuge. Ella es la que tendría que haber planteado esta acción judicial.

Es consolidada la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que rechaza la legitimación en supuestos similares a éste, en los que se promueven litigios para defender a terceros que no han impugnado



la resolución en cuestión ( SS TS 28/06/2012 -casación 1917/2010 -; 25/04/2012 -casación 6649/2009 -; y 06/07/2009 -casación 3341/2008 -, entre otras muchas).

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Inadmitir la solicitud de medidas cautelares formulada por el Letrado D. Herminio , en su propio nombre y derecho y en el de su hijo Ismael , en el procedimiento de referencia.

Notifíquese este Auto al actor, al SERGAS y al Ministerio Fiscal, con la indicación de que contra él cabe interponer, previa constitución del depósito legalmente exigible, en un solo efecto recurso de apelación en un plazo de quince días, mediante escrito razonado que se presentará en este Juzgado para su posterior remisión al Tribunal Superior de Justicia de Galicia ( Artículos 81, 82 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Así por este Auto, lo Dispone, Manda y Firma, D. Francisco de Cominges Cáceres, Magistrado del Juzgado Contencioso-Administrativo N° 1 de Pontevedra.

FONDO DOCUMENTAL CENDO