

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Octava

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33000043

NIG: 28.079.00.3-2020/0007139

Procedimiento Ordinario 434/2020 P - 01

De: AYUNTAMIENTO DE LEGANES

LETRADO DE CORPORACIÓN MUNICIPAL

Contra: COMUNIDAD DE MADRID CONSEJERÍA DE SANIDAD

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA



(01) 32593561859

PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES
PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 434/2020

AUTO Nº 55 /2020

Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente:

D. Juan Pedro Quintana Carretero

Magistrados:

Dª Amparo Guilló Sánchez-Galiano

D. Rafael Botella García-Lastra

En Madrid, a 6 de mayo de dos mil veinte.

HECHOS

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la representación del Ayuntamiento de Leganés, contra la inactividad de la Comunidad de Madrid (Consejería de Sanidad) en la adopción de las medidas que garanticen la Protección de la salud en las residencias de mayores que se relacionan en el escrito de interposición, sitas en dicha localidad, en ejecución de 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 aplicación de las medidas previstas en el 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, prorrogado por Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, y Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, se solicitó la adopción, con carácter provisionalísimo, de la siguiente medida cautelar:

“1) Se acuerde la adopción de la medida cuatelarísima consistente en la adopción de

las medidas que garanticen la protección de la salud en las residencias de mayores, tales como la dotación de personal sanitario, test de diagnóstico y material de protección: medidas de ubicación y aislamiento de pacientes, y de limpieza de centros, en ejecución de 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.

2) Se establezcan los medios de control de cumplimiento de esta medida que la Sala estime pertinentes, tales como la dación de cuenta periódica (i.e. semanal) de los medios personales y materiales aportados a las residencias citadas, con el fin de que este Ayuntamiento a través de su representación procesal, pueda tener constancia de ello”.

En concreto, los Centros a los que se refiere la solicitud de medida cautelar son los siguientes, ubicados dentro del término municipal de Leganés:

Parque de los Frailes. Centro de la titularidad de la Comunidad de Madrid, mediante gestión indirecta adjudicada a Aralia;

Domus VI. Titularidad privada con plazas concertadas.

Vitalia Home. Titularidad privada con plazas concertadas.

Los Balcones. Titularidad privada con plazas concertadas.

Nuestra Señora de Butarque. Titularidad privada con plazas concertadas.

Amavir El Encinar. Titularidad privada con plazas concertadas.

Valdepelayo. Titularidad privada.

Valdeluz. Titularidad privada.

SEGUNDO.- Atendiendo a las circunstancias de especial urgencia aducidas acreditadas conforme a lo exigible en ese trámite, por Auto de fecha 27 de abril de 2020, esta Sala acordó, de modo provisionalísimo, la medida cautelar instada consistente en que por la Comunidad de Madrid, a través de la Consejería de Sanidad, se dote de manera inmediata a las residencias de mayores del municipio de Leganés, de personal sanitario necesario, así como de las medidas y los medios materiales precisos para llevar a cabo pruebas diagnósticas y cumplir lo previsto 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, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, desestimando al mismo tiempo la

petición de medios de control de cumplimiento de dicha medida. Asimismo, se acordó proceder conforme a lo previsto en el artículo 135 de la Ley Jurisdiccional dando traslado en la misma fecha a la Comunidad de Madrid para que, por término de tres días, alegase lo procedente sobre el posible levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada.

TERCERO.- En fecha 4 de mayo de 2020, el trámite conferido ha sido evacuado mediante escrito en el que el Letrado de la Comunidad de Madrid se ha opuesto al mantenimiento de la medida cautelar urgente adoptada solicitando el levantamiento de la misma, y ello con apoyo de los motivos que, en síntesis, ahora se recogen:

1º.- Comienza el Letrado autonómico declarando que por parte de la Administración a la que representa, dada la actual situación, se viene realizando una intensa actividad de apoyo a todas las Residencias de personas mayores en el territorio de la Comunidad Autónoma, afirmando que, como ya hiciera el Auto de esta Sala, son estas personas *“las más vulnerables a los efectos del COVID-19 y, por tanto, quienes demandan una protección más enérgica”*. Solicita, por ello, el levantamiento de la medida cautelar adoptada, negando que exista una situación de inactividad. Recuerda, a continuación, la definición de inactividad que ofrece el preámbulo de la Ley 29/1998, de 13 de julio, y niega que por parte de la Administración autonómica haya habido *“pasividad o dilación”* para abordar, y actuar, *“una situación de extrema gravedad que reclama medidas urgentes”*.

Sintetiza a continuación el marco normativo que considera preciso resaltar, haciendo referencia a las Órdenes ministeriales SND/265/2020, SND/275/2020, SND 295/2020 y SND/322/2020, así como la Orden 1/2020, de 27 de marzo, conjunta de la Consejería de Sanidad y de la Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad, de la Comunidad de Madrid. Destaca también que en fecha 26 de marzo pasado se anunció la aplicación de un plan de actuación conjunto de dichas Consejerías con las Fuerzas Armadas, siempre con una vertiente *“ eminentemente operativa sin realizar de manera expresa ninguna traslación de las competencias propias y ordinarias de cada una de las Consejerías involucradas ”* por lo que, dice, la de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad, *“ continúa ejerciendo las competencias ordinarias que le corresponden en relación con los centros residenciales de carácter social ”*.

Del conjunto de las disposiciones citadas deduce el Letrado de la Comunidad de Madrid un *“ amplio margen concedido a la Administración ”* pues, añade, no se habrían ordenado actuaciones concretas sino que quedaría al criterio y capacidad de cada Administración la organización de las medidas que se adopten en función de los medios disponibles. Todo ello, termina apuntando, en un contexto *“ dominado por una sensación general de incertidumbre sobre los medios más adecuados para el tratamiento y prevención de la enfermedad ”*.

2º) En segundo lugar, el Letrado autonómico trae a su escrito de alegaciones, basado en los documentos que acompaña al mismo, una relación de las actuaciones que afirma haber realizado en las Residencias de Leganés mencionadas por el Ayuntamiento, la

Administración a la que representa. Se dividen en cuatro apartados, correspondientes respectivamente a: informe de actuaciones realizadas en el Hospital Universitario Severo Ochoa; informe de la Gerencia de Atención Primaria; informe de la Secretaria General Técnica de la Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad con relación de las resoluciones adoptadas e informe de la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia. Hace especial referencia al suministro de equipos de protección individual, gel hidroalcohólico y otros materiales a los distintos centros con un reparto cada 4 o 5 días en función del material disponible y las necesidades comunicadas por los propios centros. Adjunta asimismo dos tablas con las aportaciones de productos farmacológicos y reseña especialmente la intervención en una de las Residencias, concretamente la Residencia de Mayores Vitalia desde el 1 de abril; finalmente acompaña informe del Oficial Jefe del Cuerpo de Bomberos de Leganés, en el que figura la desinfección de residencias.

3º) A continuación de la relación anterior, la representación procesal de la Comunidad de Madrid entra a formular, propiamente, las alegaciones de naturaleza jurídica para oponerse a la medida cautelarísima acordada y solicitar su levantamiento.

En síntesis, tales alegaciones giran en torno a la que, considera, carencia en la solicitud de tutela cautelarísima de los requisitos procesales exigibles. Así, con base en el artículo 136 de la Ley Jurisdiccional, que reproduce, y por su remisión al artículo 29.1 del mismo texto legal citado y a los razonamientos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2007, que también transcribe parcialmente, afirma que en el caso de inactividad administrativa, como mantiene el Ayuntamiento de Leganés, es carga del recurrente indicar la concreta prestación que reclama y que, en este caso, no se ha cumplido.

Añade que, en un contexto en el que ya se vendrían aportando todos los medios disponibles, tal labor de concreción ha de exigirse como un parámetro que permita tanto a la Sala como a la Administración realizar una valoración de la acción deducida. Se apoya en una Sentencia de 1 de octubre de 2008 y explica que tal concreción vendría además impuesta por el principio de seguridad jurídica puesto que, estando la Comunidad de Madrid desplegando ya todos los medios de los que dispone, sólo una reclamación concreta podría resultar de utilidad y permitir a la Sala evaluar si las medidas ordenadas se ejecutan.

CUARTO.- En la sustanciación de las presentes actuaciones se han observado los preceptos y prescripciones legales en vigor.

Es Ponente en esta pieza de medidas cautelares la Ilma. Sra. Doña Amparo Guilló Sánchez-Galiano, que expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La presente resolución tiene por objeto decidir sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida cautelar adoptada en Auto de fecha 27 de abril

pasado por la vía excepcional prevista en el artículo 135 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en los siguientes términos:

“(…)-SE ACUERDA, sin previa audiencia de la parte contraria, la medida cautelar urgente consistente en que por la Comunidad de Madrid, a través de la Consejería de Sanidad, se dote de manera inmediata a las residencias de mayores del municipio de Leganés, de personal sanitario necesario, así como de las medidas y los medios materiales precisos para llevar a cabo pruebas diagnósticas y cumplir lo previsto 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, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Se desestima la petición de medios de control de cumplimiento de dicha medida.

Óigase a la Administración demandada por plazo de tres días sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida acordada en este Auto.

Oficiese por cualquier medio telemático disponible a la Administración demandada para el inmediato cumplimiento de la medida acordada y comienzo del cómputo del plazo conferido para alegaciones.

El presente Auto es firme y contra el mismo no cabe interponer recurso ordinario alguno.”

SEGUNDO.- Pues bien, conviene hacer referencia ante todo al marco normativo en el que se solicita y se ha adoptado esta medida cautelar urgente que nos ocupa. La medida provisionalísima de cuyo mantenimiento, levantamiento o modificación se trata, se ha acordado en un entorno jurídico, social y sanitario sin precedentes, que es preciso delimitar conforme a las disposiciones reguladoras del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y prorrogado, posteriormente, por los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril. Está, por tanto, vigente a la fecha de dictado de este Auto. Estos Reales Decretos son dictados, como en ellos se menciona, con amparo en los artículos 116.2 de la Constitución y Cuarto, apartado b) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio.

El estado de alarma declarado encuentra su base, conforme al texto introductorio del primer Real Decreto citado, en la situación de pandemia internacional a la que la Organización Mundial de la Salud elevó el pasado día 11 de marzo de 2020 la inicial situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19. Se fundamentaba tal declaración en que “[L]a rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura. Las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos”. La propia disposición aprobada explicaba que “las medidas previstas en la presente norma se encuadran en la acción decidida del Gobierno para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. Las medidas temporales de carácter extraordinario que ya se han adoptado por todos los niveles de gobierno deben ahora intensificarse sin demora para prevenir y contener el virus y mitigar el impacto sanitario, social y económico”.

En este marco normativo, el artículo 4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo declaró, en lo que al objeto de este Auto interesa, que:

“1. A los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno.

2. Para el ejercicio de las funciones a que se hace referencia en este real decreto, bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno, serán autoridades competentes delegadas, en sus respectivas áreas de responsabilidad:

(...)

d) El Ministro de Sanidad”.

Asimismo, en las áreas de responsabilidad que no recaigan en la competencia de alguno de los Ministros indicados en los párrafos a), b) o c), será autoridad competente delegada el Ministro de Sanidad”.

Como Autoridad Competente Delegada, el Ministro de Sanidad fue habilitado por el artículo 4.3 del Real Decreto 463/2020 así:

“3. Los Ministros designados como autoridades competentes delegadas en este real decreto quedan habilitados para dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, en la esfera específica de su actuación, sean necesarios para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo once de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio.

Los actos, disposiciones y medidas a que se refiere el párrafo anterior podrán adoptarse de oficio o a solicitud motivada de las autoridades autonómicas y locales competentes, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso y deberán prestar atención a las personas vulnerables. Para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno”.

Expuesto lo anterior y para dejar clara desde el principio la naturaleza jurídica de los Reales Decretos por los que se ha declarado el estado de alarma y sus prórrogas, será útil que recordemos, con el Pleno del Tribunal Constitucional en su STC 83/2016, de 28 de abril (rec.amp. 4702/2012) lo siguiente:

.... aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma.

Por idénticas razones, no puede ser distinta la conclusión en relación con el rango o valor del decreto por el que se prorroga el estado de alarma. No obstante, en este caso, ha de resaltarse, además, la peculiaridad de que el decreto de prórroga constituye una formalización ad extra de la previa autorización del Congreso de los Diputados, esto es, su contenido es el autorizado por la Cámara, a quien corresponde autorizar la prórroga del estado de alarma y fijar su alcance, condiciones y términos, bien haciendo suyos los propuestos por el Gobierno en la solicitud de prórroga, bien estableciéndolos directamente. Al predicarse del acto de autorización parlamentaria, como ya se ha dejado constancia, la condición de decisión con rango o valor de ley (ATC 7/2012, FJ 4), idéntica condición ha de postularse, pese a la forma que reviste, de la decisión gubernamental de prórroga, que meramente se limita a formalizar y exteriorizar el acto parlamentario de autorización”.

Pues bien, sobre la base de la habilitación concedida al Ministro de Sanidad por la ya conocida disposición con rango de ley, se dictó 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. Su articulado viene antecedido de una justificación en la que se explica que los mayores, las personas con discapacidad u otros usuarios de residencias y otros centros socio sanitarios se encuentran en situación de vulnerabilidad ante la infección COVID-19 por varios motivos. Entre ellos, los de que, habitualmente, estos residentes son de edad avanzada, presentan alguna patología de base o comorbilidades, y el estrecho contacto de los mismos con otras personas, como son sus cuidadores y otros convivientes. Sobre tales presupuestos, dice la Orden de la que ahora tratamos, al apreciarse la propagación del citado virus entre personas vulnerables que viven en residencias de mayores, se consideró necesaria, “con el objetivo de proteger a la población más vulnerable de la infección por COVID-19”, *la adopción de medidas organizativas y de coordinación, orientadas todas ellas a reducir el riesgo de contagio así como a tratar de la forma más adecuada a las personas que sufran esta enfermedad.*

En el Apartado Segundo de la Orden SND/265/2020, se contienen las medidas relativas a la ubicación y aislamiento de pacientes COVID-19 en las residencias de mayores y otros centros socio- sanitarios. Tales medidas se establecen así:

“1. Los residentes de los centros en los que resulta de aplicación esta orden deben clasificarse en:

- a) Residentes sin síntomas y sin contacto estrecho con caso posible o confirmado de COVID-19.
- b) Residentes sin síntomas, en aislamiento preventivo por contacto estrecho con caso posible o confirmado de COVID-19.
- c) Residentes con síntomas compatibles con el COVID-19.
- d) Casos confirmados de COVID-19.

Esta clasificación debe realizarse en cada centro con carácter urgente, y a más tardar en el plazo de un día desde que se publique esta orden.

2. En el caso de que un residente presente infección respiratoria aguda leve, debe ser aislado del resto de residentes.
3. En el caso de que haya más un residente con infección respiratoria aguda leve, y no sea posible el aislamiento individual, puede recurrirse al aislamiento por cohorte.
4. En el caso de residentes con diagnóstico COVID-19 confirmado, debe ser aislado del resto de residentes.
5. En el caso de que haya más de un residente con infección confirmada por COVID-19, puede recurrirse al aislamiento por cohortes.
6. En cualquier caso, estos residentes, casos posibles o casos confirmados de COVID-19, deben mantenerse aislados del resto de residentes.
7. En el caso de que las condiciones del centro lo permitan, es preferible el aislamiento vertical o por plantas, como criterio de agrupación preferible para cada uno de los grupos de residentes señalados en punto 1. El centro debe utilizar la sectorización de incendios ya definida como área de ubicación de cada uno de los grupos señalados, salvo que esto no sea posible por el tamaño de la residencia.
8. El centro deberá atender especialmente, el mantenimiento en la zona de aislamiento que le corresponda a aquellas personas deambulantes o errantes, con trastorno neurocognitivo,

de manera que se le permita deambular sin que le resulte posible salir de esa zona de aislamiento, evitando la utilización de sujeción mecánica o química.

Al igual que en el Apartado Tercero de la Orden SND/265/2020 se introducen Medidas relativas a la limpieza en las residencias de mayores y otros centros sociosanitarios, *el Apartado Cuarto* consagra las relativas a “los profesionales sanitarios en relación con la atención sanitaria en las residencias de mayores y otros centros sociosanitarios”. Dice así el precepto citado:

“1. La autoridad sanitaria de la comunidad *autónoma podrá modificar la prestación de servicios del personal médico, de enfermería u otro tipo de personal sanitario vinculado con las residencias de mayores y otros centros sociosanitarios*, con independencia de su titularidad pública o privada, así como la correspondiente a ese tipo de personal vinculado con atención primaria o atención hospitalaria o especializada extrahospitalaria, en su caso, *para adaptarlos a las necesidades de atención en las residencias de mayores y otros centros sociosanitarios*.”

2. Si el personal sanitario médico, de enfermería (sic) u de otro tipo, ha tenido contacto estrecho con un caso posible o confirmado de COVID-19 y no presenta síntomas, seguirá realizando su actividad normal así como la vigilancia de síntomas”.

Al igual que lo anterior, resulta necesario traer a este Auto el contenido del Apartado Séptimo de la tantas veces citada Orden SND/265/2020, que, regulando lo relativo al “Desarrollo y Ejecución” de las disposiciones que contiene, establece que:

“Corresponde a las autoridades sanitarias competentes de cada comunidad autónoma dictar las resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, en la esfera específica de su actuación, *sean necesarias para garantizar la eficacia de lo dispuesto en esta orden*”.

Para terminar de configurar el marco jurídico de nuestra decisión, será preciso hacer referencia a las Órdenes ministeriales SND/232/2020, de 15 de marzo, y SND/275/2020, de 23 de marzo, así como a la Orden 1/2020, de 27 de marzo, conjunta de la Consejería de Sanidad y de la Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad, por la que se dictan instrucciones para la aplicación de la Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros sociosanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Todo ello en cuanto a las disposiciones directamente relacionadas con el objeto de esta pieza incidental.

Con amparo en la habilitación y atribución de funciones que realizó la Autoridad Competente Sanitaria durante la vigencia del estado de alarma a las autoridades sanitarias autonómicas a través de la Orden SND/265/2020 (Apartados Cuarto y Séptimo, respectivamente), en el ámbito de la Comunidad de Madrid se dictó la Orden 1/2020, de 27 de marzo, conjunta de la Consejería de Sanidad y de la Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad, por la que se dictan instrucciones para la aplicación de la Orden SND/275/2020, de 23 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.

De esta Orden conjunta autonómica destacaremos ahora, de entre las medidas de intervención reguladas en su apartado Tercero, número 2 del mismo. Dice así:

“2. La medida prevista en la letra d) del apartado tercero de la Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, dado su carácter, se adoptará por la autoridad sanitaria competente tal y como faculta el apartado noveno de la Orden SNS/232/2020, de 15 de marzo, previa propuesta justificada y razonada en relación con la necesidad y viabilidad de la misma, formulada por la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia o de la Dirección General de Atención a Personas con Discapacidad.

La remisión de esta Orden al Apartado Tercero, letra d) de la Orden SND/275/2020, ha de entenderse hecha al texto consolidado de la misma tras la aprobación de la Orden SND/322/2020, de 3 de abril. En dicho texto consolidado, el Apartado Tercero (“Medidas de Intervención”), párrafos 3 y 4, letra d) que dicen así:

“3. *Se faculta a la autoridad competente de la comunidad autónoma 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, a intervenir los centros residenciales objeto de esta orden.*

4. Las medidas de intervención que acuerde la autoridad competente podrán conllevar:

(...)

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, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Esta actuación será especialmente de aplicación en los casos en los que el centro residencial cuente con pacientes clasificados en el grupo d) del apartado segundo.1 de la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo”.*

Recordemos que los pacientes clasificados en el Apartado Segundo.1.d) de la Orden SND/265/2020 son aquellos residentes que constituyan “Casos confirmados de COVID-19”.

Por las mismas razones ya expuestas, dado que el precepto anteriormente reproducido hace remisión expresa al Apartado Noveno de la Orden SND/232/2020, transcribiremos ahora éste último:

“Noveno. *Habilitación de espacios para uso sanitario. Las autoridades sanitarias competentes de la comunidad autónoma podrán habilitar espacios para uso sanitario en locales públicos o privados que reúnan las condiciones necesarias para prestar atención sanitaria, ya sea en régimen de consulta o de hospitalización”.*

TERCERO.- Fijado el marco normativo, podemos abordar ya el análisis del mantenimiento o levantamiento de la medida cautelar urgente que nos ocupa, no sin antes hacer dos precisiones de carácter previo; relativa la primera, al objeto del proceso y atinente, la segunda, a la naturaleza de la medida cautelar que se solicita.

Una de las cuestiones que late en el escrito de alegaciones de la Comunidad de Madrid en su petición de levantamiento de la medida cautelar que examinamos es la relativa a que no nos encontramos ante una inactividad administrativa, ex art. 29 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, aunque se afirme que el proceso tiene por objeto tal inactividad. Y también, en el mismo sentido, que ni siquiera concurriría la exigencia del transcurso del plazo de tres meses a que remite el citado precepto tras el requerimiento a la Administración de dicha actuación.

Ahora bien, consideramos que no es momento procesal para abordar ninguno de dichos extremos, anticipando un análisis del objeto del proceso que decida su cuestión de fondo como si de una sentencia se tratase. Como ha señalado el Tribunal Supremo en su reciente Auto de 20 de abril de 2020 (rec. 91/2020) no procede pronunciarse en esta pieza de medidas cautelares ni sobre si la normativa antes citada entraña directamente una obligación para la Administración de la naturaleza prevista en el art. 29 de la LJCA, ni tampoco sobre si la exigencia del plazo previsto en dicho precepto ha de modularse o desplazarse en atención a las especiales circunstancias que entraña la declaración del estado de alarma decretado en el RD 463/2020. Estos pronunciamientos escapan del estrecho cauce que por su propia naturaleza es propio de una pieza de medidas cautelares.

La segunda cuestión que ha de tratarse con carácter previo es la relativa a la naturaleza de la medida cautelar que se nos pide, por si pudiese impedir por tal causa un pronunciamiento de esta Sala acerca de la misma. Y, ciertamente, la medida que se nos solicita es una medida de carácter positivo y se fundamenta en una inactividad administrativa. Pero, ninguno de esos dos aspectos impide que nos pronunciemos sobre ella.

Sobre este extremo ya hemos decidido recientemente, y ahora no podemos sino reiterar lo que acabamos de señalar en nuestro Auto de 30 de abril pasado recaído en la pieza de medidas cautelares incoada a instancias del Ayuntamiento de Alcorcón y seguida con el número 428/2020. Dijimos allí y ahora repetimos, lo que sigue:

*“...Esta Sala es plenamente consciente de que la medida acordada en el anterior Auto de 21 de abril -y de cuyo mantenimiento, levantamiento o modificación aquí se trata- puede calificarse como de carácter *positivo*, conociendo también que el Tribunal Constitucional razonaba hace tiempo (en ATC 144/1990, de 29 de marzo), objetando a su adopción, que los actos negativos *“no cambian en nada la situación existente; en tales casos acceder a la petición de suspensión significaría, pura y simplemente, más que paralizar los pretendidos efectos de tales actos, crear una situación nueva, es decir, que en tales casos las Salas de lo Contencioso, más que detener la eficacia de un acto administrativo, lo que harían es, al socaire de la suspensión, algo más y distinto a suspender, a saber, emitir un acto distinto y contradictorio con el administrativo impugnado”*.*

Cierto es que el Tribunal Supremo siguió inicialmente estas tesis pero después, modulando su jurisprudencia al respecto, puntualizó [por ejemplo, en STS de 11 de julio de 2011 (Rec. Cas. 3028/2009)]- respecto a los actos de contenido negativo que tal carácter no impide siempre y en todo caso que puedan adoptarse medidas cautelares pues éstas pueden tener carácter positivo, resultando perfectamente posible -cautelamente- la imposición a la Administración de una determinada actuación positiva o negativa. En el mismo sentido razonaba en su ATS de 15 de marzo de 2012 (Rec. 212/2012) en el que dijo el Alto Tribunal

que *“La Sala puede, para preservar los intereses en juego tras la ponderación que de ellos se ha hecho, adoptar otras medidas de carácter singular que se corresponden con la potestad -inherente a la justicia cautelar- de configurar provisionalmente las relaciones jurídicas objeto de litigio, más allá de lo que supone la estricta limitación de las medidas cautelares al ámbito de la suspensión general de la norma impugnada. Puede, dentro del respeto al principio de congruencia procesal, adoptar aquellas cautelas que, según las circunstancias, sean necesarias para asegurar en todo caso la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere”*. Una posición que mantiene ya reiteradamente siendo uno de sus últimos exponentes el ATS de 11 de julio de 2019 (Rec. 119/2019).

En este estado de cosas, tampoco es posible olvidar que *lo aquí solicitado es una medida cautelar en el seno de un procedimiento seguido contra la posible inactividad de la Administración* (de la Comunidad de Madrid, en este proceso). El precepto a considerar en este caso es, pues, junto con el artículo 135 de la Ley Jurisdiccional, el 136 del mismo texto legal. Éste último, al establecer que *“la medida cautelar se adoptará”*, en los casos de vía de hecho como de inactividad (artículos 29 y 30 LRJCA), introduce en el sistema de tutela cautelar un tenor imperativo para el órgano jurisdiccional que ha de decidir; *un mandato a cuyo cumplimiento entiende la Sala que no sería objetable ese carácter negativo que conlleva la inactividad administrativa, pues donde el texto de la ley no distingue, no se debe hacer distinción alguna para excluir una posible medida positiva, como la que aquí nos ocupa.....”*.

CUARTO.- Sentado lo anterior, hemos de analizar y resolver si la medida cautelar solicitada con carácter urgente y concedida por la Sala en la forma que se ha expuesto en el primer fundamento jurídico de la presente resolución, ha de ser mantenida o levantada.

Y lo primero que cabe señalar es que no hay imprecisión o generalidad en las medidas solicitadas por el Ayuntamiento de Leganés. En el escrito de solicitud de tutela cautelar, apoyado en los documentos que se adjuntaron al mismo, quedó claramente expresado lo que la Entidad Local solicitante pedía y las razones por las que lo pedía.

Solicitaba la dotación de los medios sanitarios personales y materiales precisos para el cumplimiento de las normas ministeriales autonómicas transcritas, con el fin de garantizar al máximo la salud de los residentes y trabajadores de dichos centros. Pedía, en fin, la medicalización de las Residencias de mayores, en el sentido que dichas normas contemplan; esto es, mediante la dotación de personal médico y de enfermería suficiente en atención a la situación que se describía en los requerimientos cursados, la prestación de los medios materiales (equipos de protección individual, pruebas diagnósticas específicas, material médico y farmacológico de tratamiento) limpieza y desinfección e incluso intervención en las mismas si ello resultaba preciso.

De los documentos que se acompañan al escrito de alegaciones del representante de la Comunidad de Madrid, se desprende que a fecha de hoy se han seguido algunas actuaciones: se ha intervenido una de las residencias, se ha procedido a la desinfección de otras; se ha enviado material farmacológico, y se han remitido información y protocolos de actuación a varias de dichas residencias, amén de mantener comunicación telefónica sobre la evolución y estado de los enfermos y tener informadas a las mismas acerca de los protocolos y normas de actuación.

Pero de dichos documentos no se desprende que se haya procedido a dotar de personal médico, de enfermería, ni de auxiliar sanitario concreto a cada una de ellas en número que permita constatar la adecuada atención sanitaria ante la situación de emergencia en la que nos encontramos, tanto por el número de residentes y de contagiados por el Covid-19 ingresados en las mismas como por las necesidades derivadas de la propia enfermedad, al que se refieren las normas transcritas. El personal médico y de enfermería que se hace constar como enviado a las Residencias en los diferentes informes es claramente insuficiente para la atención del número de ingresados y enfermos existentes en las mismas. Y no se acredita el número de pacientes atendidos o derivados a un Centro hospitalario concreto o bien que hayan sido asistidos en la propia Residencia con uso hospitalario, como requieren las ordenes antes reseñadas en relación con cada una de ellas.

Ya hemos señalado en nuestra resolución de 30 de abril pasado, a la que antes nos referíamos, que lo que se instó de la Consejería de Sanidad madrileña, concreta y específicamente, a tenor de lo dispuesto en la Orden SND/265/2020 y de todas las demás disposiciones estatales y autonómicas aquí citadas por derivar de ésta, fue la “medicalización” de los repetidos Centros de Mayores, con todo lo que ello conllevaba: dotación presencial de equipos de profesionales sanitarios, suficientes y adecuados a la situación de emergencia sufrida, y no sólo el material preciso para atender la situación de enfermedad y evitar contagios, sino también la adopción de “medidas organizativas” que garantizaran la atención sanitaria en que se traducían, y se traduce, el derecho a la protección de la salud de las personas residentes en estos Centros, habiendo expuesto el Ayuntamiento que eran insuficientes para preservarlo los recursos, humanos y materiales, de que se disponía en los mismos.

Esa “medicalización” o dotación de personal y medios materiales sanitarios para hacer frente a la situación descrita en los requerimientos, ha sido ya interpretada por la Sala en la resolución antes citada a tenor de lo dispuesto en las Órdenes, ministeriales y autonómicas, que se han reproducido. Consideramos que debido a la presencia comprobada de casos positivos por COVID-19 entre los residentes -máxime cuando ya constan numerosos fallecimientos y, según el Ayuntamiento, los enfermos por este virus no se pudieron derivar a Centros Hospitalarios-, la solicitud de “medicalizar” una Residencia debe entenderse en este marco normativo como una petición dirigida a la Autoridad Sanitaria autonómica competente para que adopte la decisión de dotar de personal médico y de enfermería que se desplace a dichos Centros en número suficiente para atender a los residentes e incluso “modificar el uso” de estos Centros en orden a su utilización como espacios para uso sanitario, puesto que no lo eran, en todas o en parte de sus instalaciones, dotándolas de personal suficiente para ese cometido y del material preciso para actuar sobre los residentes. Una interpretación en la que, se ha de insistir, no hemos utilizado términos diferentes a los que nos proporcionan los preceptos que se derivan de las Ordenes antes transcritas. No de otra manera deben interpretarse dichas normas según su tenor y en relación con el contexto social y normativo que vivimos.

QUINTO.- A continuación, procede hacer referencia a la naturaleza y requisitos de la tutela cautelar y a su configuración a tenor de la doctrina emanada tanto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como de nuestro Tribunal Supremo, partiendo de la regulación contenida en el art. 129 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

De acuerdo con la doctrina sentada reiteradamente por el Tribunal Supremo, la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso, en general, se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a la pérdida de su finalidad. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación, como señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, asegurando la efectividad de la sentencia. Por ello el periculum in mora forma parte de la esencia de la medida cautelar, pues, en definitiva, con ella se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, ya la STC 218/1994 dejó dicho que la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, trata de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia. Pero, además, en el proceso administrativo la suspensión cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad con respecto a los particulares ante los Tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el artículo 106.1 CE.

La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar cobran especial relevancia los pronunciamientos del Tribunal Supremo en sus recientes Autos de 14 de junio de 2019 (rec.199/2019) y de 9 de julio de 2019. En el la segunda de dichas resoluciones, se recoge, por lo que aquí interesa, lo siguiente:

“...“El sistema general de la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo de la Ley 29/1998 se encuentra regulado en los artículos 129 y 130 y se caracteriza por las siguientes notas:

- 1a) Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del periculum in mora. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que “la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”.
- 2a) Para su apreciación se exige una detallada valoración o ponderación de los intereses en conflicto, pudiendo denegarse cuando, aun apreciándose ese “periculum”, se cause grave daño a los intereses generales o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, 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".

3a) Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y porque, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba....".

Y es la aplicación de tales criterios, en relación con la ponderación de intereses que aquí se examina, así como los datos facticos y normas aplicables antes transcritos, lo que determina a la Sala a considerar que la medida cautelar solicitada y concedida con carácter urgente en nuestro anterior Auto de 27 de abril pasado, ha de mantenerse ahora en esta resolución.

De las alegaciones de la Administración no se desprende que el interés digno de protección en este supuesto y que ha de salvaguardarse en aras de no perjudicar la finalidad del recurso de forma irreversible- interés que viene representado en este caso por garantizar el derecho a la salud e integridad física de los residentes y trabajadores en los Centros de mayores que nos ocupan-, se encuentre efectivamente protegido si no adoptamos la medida cautelar que ahora resolvemos.

La Sala valora las actuaciones que se dicen ya realizadas en las Residencias de Leganés, especialmente sobre aportación de material y pruebas diagnósticas practicadas o sobre las llamadas telefónicas atendidas por el personal asignado, las visitas de personal sanitario realizadas, así como las gestiones de coordinación y envío de protocolos y documentación a las mismas o sobre su desinfección y limpieza. Pero consideramos que la aplicación de las normas antes transcritas exigen una actuación concreta de medicalización de dichos centros de mayores, con dotación de medios sanitarios personales y materiales precisos como se acordó con carácter urgente en nuestro anterior Auto y que por tal motivo tal medida cautelar ha de mantenerse ahora, como se acordara en la parte dispositiva del presente pronunciamiento.

Finalmente, debe hacerse mención a la petición que se contenía en la solicitud inicial de la medida cautelar urgente, referente al seguimiento de la medida cautelar que se acuerda y que, como señalamos en nuestra resolución anterior, tiene más adecuada sede de resolución en este momento procesal. Pues bien, consideramos que acordado el mantenimiento de la medida cautelar, ahora si procede acceder al establecimiento de medios de control de cumplimiento de dicha medida, en el sentido que se pide por la parte recurrente y que se concretaran en la parte dispositiva de este Auto.

SÉXTO.- Con base en lo que establece el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, al no apreciar la Sala méritos para la imposición de costas, considerando la naturaleza de lo solicitado y sobre la base de los razonamientos que han sido precisos para adoptar la decisión que se pronunciará, entiende la Sala que no es procedente hacer un especial pronunciamiento en cuanto a las causadas en el presente incidente.

PARTE DISPOSITIVA

PRIMERO.- Se acuerda mantener la medida cautelarísima acordada por esta Sala en Auto de 27 de abril de 2020, con el siguiente alcance:

1. Requerir a la Comunidad de Madrid, a través de la Consejería de Sanidad, para que proceda a dotar de manera inmediata a las residencias de mayores del municipio de Leganés, de personal sanitario necesario, así como de las medidas y los medios materiales precisos para llevar a cabo pruebas diagnósticas y cumplir lo previsto 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, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, incluida su medicalización en los términos ya reseñados en la fundamentación jurídica de esta resolución. A tal fin, deberán los órganos y Centros Directivos competentes realizar las actuaciones necesarias para dotarlas del personal médico-sanitario y medios materiales (o utilizando el material que ya se hubiera, en su caso, proporcionado para la prevención de contagios y detección de personas contagiadas) que resulte preciso para un uso sanitario de tales instalaciones y prestando in situ la asistencia sanitaria adecuada a cada uno de los residentes contagiados-positivos asintomáticos o enfermos por COVID-19.
2. Requerir a la misma Consejería de Sanidad para que, por el funcionario o autoridad a quien competa, se informe a esta Sala de las medidas concretas adoptadas para cumplir lo acordado en este Auto. Dicho informe deberá remitirse cada siete días naturales, comenzando el cómputo del plazo al día siguiente del de notificación de esta resolución.

SEGUNDO.- Sin hacer un especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en el presente incidente.

TERCERO.- Llévase testimonio de la presente resolución a los Autos principales y comuníquese la misma al órgano administrativo autor de la actuación impugnada, el cual, conforme ordena el artículo 134 de la Ley Jurisdiccional, dispondrá el inmediato cumplimiento de lo acordado.

El presente Auto es susceptible de recurso de casación, previo recurso de reposición a interponer ante esta Sala en el plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de su notificación, y previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/as. Sres/as. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.