



Roj: **ATSJ M 44/2020 - ECLI:ES:TSJM:2020:44A**

Id Cendoj: **28079330082020200001**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **21/04/2020**

Nº de Recurso: **428/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA DEL PILAR GARCIA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Octava

C/ General Castaños, 1, Planta 1 - 28004

33000039

NIG: 28.079.00.3-2020/0006981

Procedimiento Ordinario 428/2020 X - 01

De: AYUNTAMIENTO DE ALCORCÓN

PROCURADOR D./Dña. JOSE LUIS GRANDA ALONSO

Contra: CONSEJERIA DE SANIDAD DE LA COMUNIDAD DE MADRID

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 428/2020

AUTO

Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente:

D. Juan Pedro Quintana Carretero

Magistrados/as:

Dª Amparo Guilló Sánchez-Galiano

Dª María del Pilar García Ruiz

En Madrid, a veintiuno de abril de dos mil veinte.

HECHOS

PRIMERO.- La presente pieza separada dimana del recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. José Luis Granda Alonso, en nombre y representación del Ayuntamiento de Alcorcón, contra la inactividad de la Comunidad de Madrid (Consejería de Sanidad) relativa a la 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, y Real Decreto 487/2020, de 10 de abril.



SEGUNDO.- La parte actora solicita la adopción, con carácter provisionalísimo, de la medida cautelar siguiente:

"Que por la Comunidad de Madrid a través de la Consejería de Sanidad o por los órganos que considere oportunos públicos o privados, dote a las residencias de mayores de Alcorcón enumeradas en el cuerpo de este escrito, de personal médico necesario y de manera inmediata, así como los medios materiales necesarios para llevar a cabo las 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 sociosanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19".

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

1. Residencia de Mayores de la Comunidad de Madrid.
2. Residencia de Mayores Campodón.
3. Centro Residencial de Mayores Amavir.
4. Centro Residencial de Mayores Sanitas.

TERCERO.- Con amparo en lo previsto en el artículo 135 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la parte solicitante de la tutela cautelar justifica su petición alegando, en esencia, que existe un inminente riesgo de contagio masivo entre todos los residentes y trabajadores de los Centros a los que se refiere su solicitud así como un riesgo de muerte inminente para un gran número de ellos. Esta situación, añade, está agravada por ser los residentes de estos Centros parte de la población más vulnerable en la actual situación de crisis sanitaria, ocurriendo el fallecimiento de los mismos en un porcentaje muy superior al del resto de los segmentos poblacionales, y viéndose tal riesgo incrementado por las propias características de estos Centros así como por la falta de medidas preventivas y, en consecuencia, de un conocimiento real de la situación de salud o enfermedad en que se encuentran las personas principalmente afectadas.

Añade la parte actora que concurre en este caso los requisitos legal y jurisprudencialmente exigibles para la adopción inaudita parte de la medida cautelar solicitada pues, de no adoptarse, dice, el recurso perdería su finalidad legítima al no quedar protegido, por la inacción de la Administración Autonómica madrileña, el riesgo existente para la vida de los residentes y trabajadores de los Centros.

Sostiene igualmente la Entidad Local que insta la tutela cautelar que es notoriamente conocida la situación que se vive actualmente en España y que, en tales circunstancias, la Comunidad de Madrid no ha llevado a cabo ninguna acción para la protección de las personas mayores residentes en los Centros localizados dentro del municipio de Alcorcón. Recuerda además que las medidas adoptadas en el estado de alarma persiguen una concreta finalidad: la protección de los ciudadanos, prescindiéndose para ello, en algunos casos, de las normas procedimentales ordinarias e incluso competenciales por una elemental cuestión de urgencia y en aras de la eficiencia requerida para la consecución de la preservación de la salud pública.

Sostiene, igualmente, la representación procesal del Ayuntamiento de Alcorcón que el periculum in mora permitiría a la Sala adoptar cualquier otra medida cautelar que ocasione el menor perjuicio a las partes en conflicto pero que, en todo caso, protegiere el bien jurídico de cuya tutela se trata que no es otro que la vida de los mayores, residentes en estos Centros, y del personal laboral también afectado.

CUARTO.- Junto a lo anterior, la representación procesal del Ayuntamiento demandante sostiene que ha instado a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid en tres ocasiones (mediante escritos firmados en fechas 3, 5, 6 de abril de 2020, por la Concejala de Servicios Sociales, Mayores y Salud Pública -el primero y el último-, y la Alcaldesa, respectivamente) la intervención inmediata en los Centros-Residencias de Mayores más arriba identificados a través de equipos de profesionales sanitarios, para ofrecer la atención sanitaria completa, medicalizada, adecuada y eficiente que es precisa en estos momentos para atender al colectivo más vulnerable de la ciudad de Alcorcón. Y todo ello sin haber obtenido respuesta alguna por parte de la citada Consejería.

QUINTO.- Finalmente, la Entidad Local demandante apoya sus pretensiones de tutela cautelar inaudita parte en la urgencia que se derivaría de sendos (dos) Informes emitidos en fechas 7 y 15 de este mes de abril por el Servicio de Bomberos y Protección Civil del Ayuntamiento de Alcorcón, sobre la situación de las residencias de mayores de Alcorcón. Del más moderno se derivan, entre otros, los siguientes datos relevantes:

De un total de 579 residentes, 143 personas fueron consideradas positivas por COVID-19, estando 352 residentes aislados, 262 sin síntomas y 111 con posibles síntomas, a falta de realizar pruebas PCR. Al realizarse tales pruebas, más del 50% de residentes dieron positivos asintomáticos, habiéndose producido 13 fallecimientos más desde el último informe emitido, que fue el de 7 de abril; informe éste que reportó en las



cuatro residencias a las que se contrae este recurso -y desde el día 29 de marzo- habían fallecido ya un total de 103 residentes.

El necesario confinamiento y aislamiento de los residentes en cada uno de los Centros hace que, una media de 120 residentes en cada Centro deban ser atendidos por una media de veinte personas pero sólo por dos enfermeras al cargo de todas las personas enfermas; dos miembros sólo del personal sanitario que, además, desconocen, dice el informe, el tratamiento adecuado de esta nueva enfermedad y que, amén de atender a estos enfermos, han de hacer curas, poner alimentación y llevar a cabo otros cuidados específicos, viéndose obligadas a descuidar, sin embargo, a las personas que, aun contagiadas, son asintomáticas, pero que requieren de mayor atención por su aislamiento y necesario seguimiento.

La imposibilidad de derivar a los residentes enfermos a un Hospital para que hubieran sido tratados adecuadamente, aunque reconoce el Informe que se ha producido continuidad asistencial en algunos residentes enfermos.

Expone el autor del informe que algunas residencias cuentan con oxígeno a través de "concentradores" lo que, añade, "no asegura un alto flujo en caso de necesidad, sumado esto a la falta de material como palos de suero, llegando a ver residencias con taladros en la pared para la sujeción de antibióticos o suero intravenoso".

En el informe se reconoce que del hospital se deriva medicación pero añade que hay residencias en las que es difícil, por la carencia de personal, gestionar su administración. Y ello considerando que tanto la formación como la capacitación del personal que allí trabaja está diseñada y exigida para el cuidado de los residentes y no para discernir o aplicar tratamientos médicos para los mismos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 24 CE todas las personas tienen derecho a la tutela judicial efectiva; un derecho en cuyo ámbito debe incluirse también el de obtener una tutela cautelar, esto es, el derecho a que por los órganos jurisdiccionales competentes se adopten aquellas medidas tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso judicial iniciado. El referido derecho tiene, si cabe, mayor relevancia en el proceso contencioso-administrativo puesto que en este ámbito se habrá que tener en consideración que los actos administrativos gozan del privilegio de la ejecutividad que se deriva del artículo 38 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

SEGUNDO.- Por su parte, los artículos 135 y 136 de la Ley Jurisdiccional imponen al Juez o Tribunal la obligación de acordar la medida cautelar, sin oír a la parte contraria, si concurren circunstancias de especial urgencia que imposibiliten seguir el procedimiento general regulado en el artículo 131. No obstante, dicha medida cautelar adoptada "inaudita parte" tiene una vigencia temporal limitada ya que el mencionado precepto prevé que el Juez en la misma resolución en la que adopte la medida cautelar "provisionalísima" dé audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convoque a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la presentación del recurso, dictando a continuación Auto que resolverá sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Conforme establece el artículo 135 citado, el auto que acuerde la medida provisionalísima no será recurrible aunque, en sentido contrario, el auto que la ratifique, levante o modifique será impugnabile conforme a las normas ordinarias.

En definitiva, para la adopción de una medida cautelar por efecto de lo dispuesto en los artículos 135 y 136 de la Ley será preciso que concurren los dos siguientes requisitos:

primero, que en el supuesto debatido, existan circunstancias de especial urgencia, que obliguen a adoptar la medida sin oír a la parte contraria; y segundo que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 129.1 y 130.1 de dicha Ley, se den las circunstancias necesarias para decretarla. El citado artículo 135, sólo prevé señalar comparecencia cuando se adopta la medida "provisionalísima" y no cuando ésta se deniega, por tanto si no concurre alguna de las premisas aludidas, la consecuencia no puede ser otra que la tramitación ordinaria de la pieza de medida cautelar (artículo 131) sin acceder "inaudita parte" a la medida cautelar.

Para finalizar esta exposición general de las exigencias de la tutela cautelar, tan solo resta señalar que la carga de acreditar que la no adopción de la medida cautelar solicitada, podría frustrar la finalidad legítima del recurso, recae sobre el solicitante de la misma. Es decir, el interesado en obtener la medida cautelar tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurrirían en el caso para acordarla, sin que sea suficiente una mera invocación genérica o una mera alegación, sin prueba alguna.

Ahora bien, tal afirmación debe matizarse, pues la concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida cautelar no requiere una prueba plena, sino que bastará con una razonabilidad de su producción o



conurrencia. Es decir, será suficiente con una prueba por indicios o incompleta acerca de la posibilidad de que las consecuencias dañosas alegadas se produzcan, así como de su naturaleza y alcance.

CUARTO.- En el presente caso, a la vista de las alegaciones formuladas por la Entidad Local demandante y de los documentos incorporados al proceso junto con el escrito de interposición, la Sala entiende que concurren los requisitos exigidos por el artículo 135 de la Ley Jurisdiccional para la adopción inaudita parte de la medida provisionalísima solicitada. Y ello por las razones que se pasa a exponer.

En primer lugar, debe atenderse a la urgencia que concurre en la solicitud de tutela cautelar teniendo en cuenta el contenido de los dos informes emitidos por el Servicio de Bomberos y Protección Civil. Y es que en ambos documentos se expone la situación de extrema gravedad por la que atraviesan las Residencias a las que se refiere el Ayuntamiento demandante; Centros en los que, además de haberse producido desde el día 29 de marzo el fallecimiento de 116 residentes, estarían viviendo actualmente otras 143 personas contagiadas -necesitadas, se entiende, de tratamiento médico- y un porcentaje del 50% del total de residentes (579 en el término municipal) que, aún asintomáticos, habrían dado resultados positivos en tests PCR. Alrededor, pues, de 290 personas, según ha aducido y acreditado la Entidad Local demandante, con el mínimo principio de prueba exigible en sede de tutela cautelar en la que ahora nos hallamos.

Sin embargo, más allá de los datos que la Sala ha considerado necesario exponer para ilustrar la decisión que pronunciaremos, el número de residentes afectados no sólo resulta cuantitativamente significativo sino, más aún, cualitativamente relevante pues, no se olvide, las personas que viven en Centros-Residencias de Mayores se encuentran en esa franja de edad en la que el COVID-19, notoriamente y según hemos aprendido con los datos diariamente ofrecidos por las autoridades sanitarias nacionales e internacionales, resulta más letal. Es ésta una razón más por la que el derecho a la protección de la salud, consagrado con carácter general en el artículo 43.1 de la Constitución, debe considerarse aquí y ahora con una mayor intensidad, si cabe, en su necesaria salvaguarda. Y ello también se ha tenido en cuenta por esta Sala para garantizar que la finalidad legítima del recurso no se vaya a perder, pues, en definitiva, lo que está comprometido es el derecho a la protección de la salud de los ancianos residentes, a los que, como a cualquier otro ciudadano, el precepto constitucional citado reconoce y garantiza, máxime al encontrarnos en una situación sanitaria de extraordinaria gravedad con consecuencias fatales, especialmente para ese colectivo.

Así lo reconoce la propia Orden Ministerial 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, en cuya aplicación se sustenta la pretensión cautelar que nos ocupa, cuando afirma en su exposición de motivos 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".

A continuación, precisa la Orden Ministerial que "La propagación del COVID-19 entre personas vulnerables que viven en residencias de mayores, se está observando en los últimos días, por lo que es necesario avanzar en la adopción de medidas organizativas y de coordinación, orientadas a reducir el riesgo de contagio así como a tratar de la forma más adecuada a las personas que sufran esta enfermedad", demandando así especial atención sanitaria para estos centros.

En consecuencia, la Orden Ministerial establece una serie de medidas con el objetivo de proteger a la población más vulnerable de la infección por COVID-19, estableciendo medidas organizativas para la atención sanitaria de los residentes afectados por el COVID-19 y de quienes conviven con ellos, como expresamente declara.

De entre ellas, han de destacarse las previstas en sus apartados segundo y cuarto. Dispone el apartado segundo lo siguiente:

"Medidas relativas a la ubicación y aislamiento de pacientes COVID-19 en las residencias de mayores y otros centros sociosanitarios.

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."

El apartado Cuarto de la Orden Ministerial establece lo siguiente:

"Medidas relativas a los profesionales sanitarios en relación con la atención sanitaria en las residencias de mayores y otros centros sociosanitarios.

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 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."

Hemos de atender igualmente -con la prueba que indiciariamente nos permite ahora considerarlo en esta pieza incidental, de limitado ámbito de cognición- al dato en que se basa el Ayuntamiento de Alcorcón sobre la insuficiencia del personal sanitario especializado (dos enfermeras, dice, de media por cada Centro) para atender a las personas que han sido ya diagnosticadas con la grave enfermedad causada por el COVID-19. Y es que el número de personas residentes afectadas, junto con el de aquél las otras que, asintomáticas pero positivas por el mismo virus letal, han de ser atendidas simultáneamente (las primeras para ser tratadas; las segundas para tener un seguimiento de la posible evolución y aparición de síntomas y tratamiento precoz de los mismos, en su caso) hace que tal número de sanitarios disponibles para su atención sea notoriamente insuficiente, teniendo en cuenta también otras necesidades asistenciales que presenta un grupo poblacional cuya salud es tan vulnerable, incluso sin estar contagiados por el coronavirus del que aquí se trata.

Con tales bases fácticas, el Ayuntamiento de Alcorcón pide en sede de tutela cautelar que se declare la obligación de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid de dotar, de manera inmediata, a las Residencias de Mayores que cita de personal médico y de los medios materiales necesarios para llevar a cabo pruebas diagnósticas y cumplir lo previsto en la Orden Ministerial 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.

Y es por ello por lo que, con amparo en tal disposición, y en atención a las anteriores consideraciones y los elementos de juicio que proporcionan los informes de protección civil examinados, sin prejuzgar la cuestión de fondo sobre la posible inactividad de la Administración Autonómica o, en su caso, sobre la suficiencia o insuficiencia de las medidas sanitarias que hubiera eventualmente podido llevar a cabo ya, todo ello en relación con las prestaciones para las que la Autoridad Sanitaria Competente en el estado de alarma la ha habilitado mediante la repetida Orden de 19 de marzo de 2020 (dispositivo Cuarto, apartados 1 y 2), se acordará inaudita parte la medida cautelar solicitada por concurrir las circunstancias excepcionales legalmente previstas, por ser urgente e inaplazable su adopción y prevalente, en todo caso, la protección de la salud, consagrada en



el artículo 43.1 de la Constitución, así como la tutela de la integridad física de quienes presentan especial vulnerabilidad ante la infección COVID-19, con evidente y grave riesgo para su vida.

Y todo ello, claro está, sin perjuicio de que, como dispone el artículo 135.1.a) de la Ley Jurisdiccional, con posterioridad y tras la audiencia a la Administración Autonómica demandada, se resuelva con más elementos de juicio sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación, en su caso, de la medida que de manera cautelarísima se va a adoptar.

Es ponente en este trámite la Magistrada Ilma. Sra. María del Pilar García Ruiz, quien expresa el parecer de la Sala.

PARTE DISPOSITIVA

PRIMERO.- SE ACUERDA, sin previa audiencia de la parte contraria, la medida cautelar 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 de Alcorcón (Residencia de Mayores de la Comunidad de Madrid, Residencia de Mayores Campodón, Centro Residencial de Mayores Amavir, Centro Residencial de Mayores Sanitas) de personal sanitario necesario, así como 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.

SEGUNDO.- Óigase a la Administración demandada por plazo de TRES DÍAS sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida acordada en este Auto.

TERCERO.- Ofíciase por cualquiera de los medios telemáticos disponibles a la Administración demandada para el inmediato cumplimiento de la medida acordada y comienzo del cómputo del plazo conferido para alegaciones.

MODO DE IMPUGNACIÓN: El presente Auto es firme y contra el mismo no cabe interponer recurso ordinario alguno.

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