

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Octava

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33000039

NIG: 28.079.00.3-2020/0007139



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

AUTO

PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES PROCEDIMIENTO ORDINARIO N°
434/2020

Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente:

D. Juan Pedro Quintana Carretero

Magistrados/as:

Da Amparo Guilló Sánchez-Galiano

Don Rafael Botella García Lastra

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

HECHOS

PRIMERO.- La presente pieza separada dimana del recurso contencioso administrativo interpuesto por el Letrado Consistorial en nombre y 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, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 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, y Real Decreto 487/2020, de 10 de abril.

SEGUNDO.- La parte actora solicita la adopción, por medio de otrosí digo en su escrito de interposición del recurso y con carácter provisionalísimo, de la medida cautelar siguiente:

Que por la Comunidad de Madrid se dote, con carácter urgente e inmediato, a las residencias de mayores del municipio de Leganés, mas arriba citadas, la adopción de las medidas que garanticen la protección de la salud en las residencias de mayores (dotación de personal sanitario, test de diagnostico y material de protección; medidas de ubicación y asilamiento 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, cuyo desarrollo y ejecución compete a las autoridades sanitarias autonómicas, a tenor de lo previsto en su artículo séptimo”.

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

1. Parque de los Frailes. Centro de la titularidad de la Comunidad de Madrid, mediante gestión indirecta adjudicada a Aralia.
2. Domus VI. Titularidad privada con plazas concertadas.
3. Vitalia Home. Titularidad privada con plazas concertadas.
4. Los Balcones. Titularidad privada con plazas concertadas.
5. Nuestra Señora de Butarque. Titularidad privada con plazas concertadas.
6. Amavir El Encinar. Titularidad privada con plazas concertadas.
7. Valdepelayo. Titularidad privada.

8. Valdeluz. Titularidad privada.

La suplica de su solicitud de medida cautelar urgente es del tenor literal siguiente:

“1) Se acuerde la adopción de la medida cautelarísima 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/265/2010, 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.

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 la situación en las residencias de mayores del termino municipal de Leganés es de extrema gravedad, habiéndose contabilizado hasta el momento mas de 150 fallecidos y multitud de contagios, sin que la autoridad autonómica este cumpliendo sus obligaciones de inspección y control de dichas residencias al objeto de mitigar los efectos del COVID-19, tanto entre sus pacientes, como respecto del personal de las mismas, no contestando a los requerimientos formulados desde el Ayuntamiento y desoyendo los reiterados ofrecimientos de colaboración con los medios municipales a su alcance. Por lo que, de no adoptarse de manera inmediata las medidas oportunas de inspección, control y dotación de medios necesarios (sobre todo de personal sanitario y test de diagnóstico) por parte de la Consejería de Sanidad, la situación que ya es de inminente riesgo, se vería agravada con efectos irreversibles. Concluye por todo ello que, de no adoptarse la medida cautelar que se solicita con carácter de urgencia, el numero de infectados por dicha enfermedad y el numero de fallecidos será mayor toda vez que se trata además del segmento de población mas vulnerable.

Añade la parte actora que concurren 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 representación procesal del Ayuntamiento de Leganés 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, protegiese 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 dos ocasiones, primero, mediante correo electrónico remitido por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Leganés al consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid con fecha 30 de marzo de 2020, poniendo de manifiesto la situación extrema de dos residencias según información facilitada por la Policía Local en colaboración con la Policía Nacional y, posteriormente, mediante carta suscrita por la Concejal-delegada de Servicios Sociales, Cultura e Igualdad del Ayuntamiento de Leganés fechada el 15 de abril de 2020, y dirigida tanto al Consejero de Sanidad como al Consejero de Políticas Sociales, Familia , Igualdad y Natalidad de la Comunidad de Madrid, reiterando la situación crítica de algunas de las residencias del municipio, especialmente en lo que se refiere a la falta de personal sanitario y a la imposibilidad de atención diferenciada de los residentes y de proteger de la enfermedad a las personas no contagiadas, sin que haya recibido respuesta alguna por parte de la Administración autonómica ni se tenga constancia de que se hayan adoptado medidas para paliar las situaciones críticas que se están dando en dichas residencias de mayores de Leganés.

QUINTO.- Finalmente, la Entidad Local demandante apoya sus pretensiones de tutela cautelar *inaudita parte* en la urgencia que se derivaría de los informes del Intendente Jefe de la Policial Local de Leganés sobre la “ SITUACION DE LAS RESIDENCIAS PARA MAYORES Y POSIBLE AFECTACION POR LA COVID 19” referidos a los días 30 de marzo y 15 de abril de 2020.

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 concurrencia. 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.

TERCERO.- 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 informes emitidos por la Policía Local de Leganés. 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, constatando que en los 8 centros de mayores de la localidad residen a fecha 15 de abril de 2020 un total de 637 personas y que desde el 19 de marzo al día 15 de abril han fallecido un 12 % de los residentes, que resulta considerable el aumento en 64 fallecidos en el espacio de 15 días, que el número de personas aisladas son 153, esto es el 24 % de los residentes y que a las carencias de personal sanitario que se indican por los centros, algunas residencias también señalan la carencia de medios equipos de protección, mascarillas FFP2, batas impermeables, gafas de protección, pulsómetros o termómetros.

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 y cumplimiento 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 de 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 Leganés sobre la insuficiencia del personal sanitario especializado para atender a las personas que han sido ya diagnosticadas con la grave enfermedad causada por el COVID-19.

Y, aunque ciertamente se advierten diferencias entre los Centros, derivadas de los informes que se adjuntan, en cuanto a la dotación de personal sanitario en unos centros respecto de otros, en todos ellos se advierte una media de personal sanitario y de enfermería netamente insuficiente en relación con el número de residentes a los que atender en dichos centros y la situación que como consecuencia de la enfermedad causada por el COVID-19 afecta a los mismos. Y es que el número de personas residentes afectadas, junto con el de aquéllas 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 escaso, 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 Leganés 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 de la localidad que cita de personal sanitario y de los medios materiales necesarios para 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.

Pues bien, con amparo en tal disposición, y en atención a las anteriores consideraciones y los elementos de juicio que proporcionan los informes de la policía local 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.

En lo que respecta a la segunda petición de la recurrente, que versa sobre el establecimiento de medios de control de cumplimiento de la medida cautelar urgente mediante la dación de cuenta periódica sobre su cumplimiento, la propia naturaleza urgente y provisional de la medida solicitada y sobre la que resolvemos, impide la estimación de tal petición. Ello sin perjuicio de lo que al respecto pudiera acordarse para el supuesto de que, tras dar audiencia de la Comunidad de Madrid sobre la medida cautelarísima adoptada, se decidiera su mantenimiento pues es entonces cuando procedería establecer medios de control de su cumplimiento, en su caso.

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. Amparo Guilló Sánchez-Galiano, quien expresa el parecer de la Sala.

PARTE DISPOSITIVA

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.

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.