

La pieza separada de medidas cautelares durante la crisis del COVID-19

VANESSA MONEO DE BLAS

Letrada de la Comunidad de Madrid*

JOSÉ BORJA GÓMEZ ENCINA

Letrado de la Comunidad de Madrid**

SUMARIO

1. Introducción.
2. Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso- administrativa. Consideraciones generales.
3. Medidas cautelares durante la crisis del COVID-19.
4. Algunas consideraciones adicionales.
5. Resumen final.

RESUMEN

La situación de emergencia sanitaria ocasionada por la COVID-19 ha dado lugar a una incesante labor normativa, adoptándose todo tipo de medidas preventivas por las Administraciones Públicas con la finalidad de proteger

la salud pública y prevenir los contagios y el avance de la enfermedad, generando a su vez gran cantidad de solicitudes de medidas cautelares en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

PALABRAS CLAVE

Medidas cautelares; COVID-19.

* En la actualidad se encuentra desempeñando el puesto de Consejera Técnica de la Subdirección General de Responsabilidad Patrimonial en el Ayuntamiento de Madrid.

** En la actualidad se encuentra desempeñando el puesto de Letrado Jefe del Servicio Jurídico de lo Contencioso-Administrativo en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

ABSTRACT

The sanitary emergency caused by COVID-19 has led to an incessant regulatory activity. A series of preventive measures have been adopted by Public Administrations in order to stop the progression of the disease, with the

aim of protecting public health and preventing new infections. This public activity has generated a great amount of requests to adopt preventative measures in the Contentious-Administrative Jurisdiction.

KEYWORDS

Preventative measures; COVID-19.

1. Introducción

La aparición del Coronavirus SARS-CoV-2 y la enfermedad que causa (COVID-19) ha supuesto un reto para todos. Incluidos los profesionales del derecho.

Aunque lo anterior pueda parecer una obviedad a día de hoy, no solo no debe olvidarse, sino que debe ser puesto en valor, pues la pandemia ha supuesto, también en el ámbito jurídico, un auténtico desafío.

No es aventurado afirmar que todos nos hemos enfrentado a novedades en los últimos tiempos.

Esas novedades han ido desde las cosas más mundanas y sencillas, pero aun así absolutamente imprescindibles para contribuir a frenar en la medida de nuestras posibilidades la propagación del virus (la celebración telemática de vistas o dejar de usar la toga en estrados, son claros ejemplos de ello), hasta cuestiones infinitamente más complejas, muchas de ellas necesitadas de un profundo estudio jurídico en apenas un suspiro y que, sin duda, sentarán jurisprudencia el día de mañana (a bote pronto, la posibilidad de restringir derechos fundamentales sin declaración de estado de alarma o hasta dónde obligan los acuerdos del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud adoptados sin consenso de todas las Comunidades Autónomas).

A lo anterior habría que añadir la dificultad que ha supuesto, en ciertas ocasiones, el desconocimiento del marco normativo en el que nos movíamos, motivado por el constante y frenético cambio de normas, que a su vez respondía a la necesaria adaptación a la evolución epidemiológica. Y, como apuntábamos, al debate que se ha suscitado, y que sigue abierto, en torno a la suficiencia de las leyes con las que contábamos para adoptar según qué restricciones y limitaciones.

El presente artículo no es más que una pequeña muestra de un ámbito muy concreto del proceso contencioso-administrativo que, no siendo novedoso, bien sirve de ejemplo de la extraordinaria labor que se ha llevado a cabo por todos los que compartimos este ámbito de actividad, dado el marco en el que hemos tenido que actuar.

Desde los abogados de particulares y empresas que han recurrido las medidas sanitarias adoptadas, recursos con mayor o menor fundamento, más o menos complejos, pero lícitos en todo caso y que demuestran un deseable celo en la defensa de los derechos individuales y colectivos. Pasando por la actuación de los letrados encargados de la representación y defensa de las Administraciones Públicas, uniendo a un consabido conocimiento del derecho una capacidad de adaptación extraordinaria y que, en el ámbito de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, en multitud de ocasiones ha supuesto horas interminables de estudio y trabajo persiguiendo siempre la mejor defensa de los intereses generales. Hasta, finalmente, los órganos judiciales, que han tenido que lidiar con una tarea inmensa, ingrata en no pocas ocasiones, pues junto a la circunstancia de que siempre hay quien no comparta la solución alcanzada, se añade la época tan extraña en la que nos ha tocado vivir, que alimenta aún más toda clase de debates, opiniones y críticas.

2. Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa. Consideraciones generales

Nuestro ordenamiento jurídico parte del principio de eficacia de la actividad administrativa, consagrado en el artículo 103 de la Constitución, así como del principio de presunción de validez de la actuación administrativa.

Esta presunción de validez de la actuación administrativa se recoge hoy en el artículo 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, del que resulta que los actos de las Administraciones Públicas *«producirán efectos desde la fecha en que se dicten»*, siendo tales actos ejecutivos, tal y como se plasma en el artículo 38 del mismo cuerpo legal.

En palabras del Auto del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2012, recurso n.º 4/2012, *«En reiterada doctrina de esta Sala, en torno al principio de eficacia de la actividad administrativa (art. 103.1 de la Constitución), y al de la presunción de la validez de los actos administrativos (art. 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, precepto que no ha sido modificado por la Ley 4/99), la regla general es la ejecutividad inmediata de los actos y disposiciones y la posibilidad de suspensión se produce cuando se originen perjuicios de reparación imposible o difícil»*.



De esta forma, la interposición de un recurso contencioso-administrativo no produce automáticamente la suspensión de la ejecutividad del acto o disposición recurridos. Ahora bien, *«la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso»*, en palabras del Tribunal Constitucional (entre otras, Sentencia de 7 de julio de 1987, recurso n.º 880/1985; Sentencia de 17 de diciembre de 1992, recurso n.º 1445/1987; o Sentencia de 29 de abril de 1993, recurso n.º 2416/1990).

Así, a instancia de los interesados, y en cualquier estado del proceso, es posible acordar judicialmente la suspensión *«cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso»*, a tenor del artículo 130.1 de la Ley 29/1998, de 29 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA). El mismo precepto advierte de partida que la adopción de la medida cautelar de suspensión deberá hacerse *«previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto»*.

La suspensión, que se sustanciará en pieza separada (ex artículo 131 de la LJCA), constituye así una medida extraordinaria y de carácter excepcional frente a la regla general de la ejecutividad de los actos administrativos. Esto determina que deba aplicarse con carácter restrictivo previa comprobación de los requisitos concurrentes, como ha declarado, de forma tan reiterada que casi excusa su cita, el Tribunal Supremo (a mero título de referencia podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2010, recurso n.º 1802/2008).

Llegados a este punto, debe insistirse en el elemento clave para acceder a la suspensión, que no es otro que la pérdida de la finalidad legítima del recurso.

El conocido como *periculum in mora* es la base sobre la que debe pivotar toda petición de justicia cautelar. Este extremo esencial con frecuencia se olvida en las peticiones de suspensión que se suscitan ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, desarrollándose en los recursos prolijos argumentos en cuanto a la apariencia de buen derecho de la solicitud o en relación con la falta de afectación a los intereses generales o de tercero que carecen de relevancia si el recurrente no pone de manifiesto, con total contundencia, por qué la no suspensión privaría de objeto al recurso.

Brevemente, la pérdida de la finalidad legítima significa que, de ejecutarse el acto administrativo recurrido, se crearían situaciones jurídicas irreversibles que no podrían solventarse aun cuando la sentencia que en su día se dictase resultara íntegramente favorable para los pedimentos del solicitante.

De acuerdo con la interpretación sentada ya por el Auto del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 1997, recurso n.º 4645/1997, con cita a su vez de otros muchos, este criterio no debe de identificarse automáticamente con la necesidad de suspensión siempre que el acto administrativo que se impugna sea desfavorable a los intereses de los recurrentes, lo que se puede afirmar que, prácticamente sin excepción, es la situación a que responde todo recurso administrativo.

En definitiva, hay que acreditar que la no suspensión de la ejecutividad del acto o disposición general que se está recurriendo ante la jurisdicción contencioso-administrativa convertirá en ineficaz la sentencia que se dictase en el futuro, haciendo imposible el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso.

Profundizando un poco más en los requisitos de la justicia cautelar, aun concurriendo el presupuesto del *periculum in mora* (que como hemos dicho no se expone con acierto en muchas de las peticiones deducidas y que, a nuestro juicio, ya invalida de partida la propia petición), puede denegarse la medida cautelar solicitada cuando se aprecie una grave perturbación de los intereses generales o de tercero.

Es decir, constatado que el recurso puede perder su finalidad legítima y con ello la posibilidad de orillar el derecho a la tutela judicial efectiva en última instancia, procede ponderar los intereses en conflicto. Este contrapeso obliga al órgano judicial a efectuar entonces un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la adopción de la medida cautelar solicitada cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado.

Finalmente, el *fumus boni iuris* serviría para reforzar la petición de medida cautelar. La aplicación de este elemento de la apariencia de buen derecho (que, como es de sobra conocido, no aparece plasmado en la LJCA) permite valorar con carácter provisional, dentro del estricto ámbito del incidente, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros efectos de conceder la medida cautelar. Ahora bien, para que haya base suficiente para la aplicación de este requisito, la apariencia de buen derecho en que se fundamente la petición cautelar debe ser patente, manifiesta, ostensible y evidente, es decir, de fácil apreciación sin necesidad de un enjuiciamiento de la cuestión de fondo controvertida y en forma tal que se revele la nulidad de la actuación administrativa como muy probable e inequívoca debiendo, no obstante, acogerse con suma prudencia a fin de que en el incidente no se prejuzgue lo que en su día declare la sentencia definitiva.



Y es que mientras el ejercicio de la acción no está sujeta a restricción alguna, por imperativo del artículo 24 de la Constitución, el ejercicio de la pretensión cautelar, en cuanto supone en cierto modo la anticipación provisional de una resolución favorable a la pretensión de fondo, exige una justificación, *prima facie* o en apariencia, de su fundamento.

En todo caso, la jurisprudencia recuerda que la fase cautelar no es adecuada para el examen de cuestiones de fondo. De ahí el limitado alcance de este juicio provisional favorable, restringido a situaciones muy concretas y que, como advertíamos, exige medida en su aplicación.

Llegado a este punto podemos citar el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de marzo de 2021, recurso n.º 566/2021, que sirve de perfecto resumen al examinar con extraordinaria profusión el ámbito de la justicia cautelar, pues el asunto, sin duda, lo merecía (se analizaba la petición de suspensión del Decreto 15/2021, de 10 de marzo, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, de disolución de la Asamblea de Madrid y de convocatoria de elecciones, desestimando la misma).

Dicho lo anterior, y sin perjuicio de estos presupuestos generales, la decisión es enormemente casuística, debiendo ser tenidas en cuenta las especiales circunstancias de cada caso.

A todo lo expuesto debe añadirse que, al encontrarnos en muchas ocasiones que el objeto del recurso contencioso-administrativo ha sido una disposición de carácter general, la suspensión viene caracterizada, aún más, por una especial prudencia.

En efecto, en relación a la suspensión de disposiciones generales, la doctrina ha reiterado especialmente su carácter restrictivo al considerar, precisamente, el interés general que subyace en una norma general. En este sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2010, recurso n.º 388/2010, o el más reciente Auto del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2020, recurso n.º 299/2020.

Antes de pasar al estudio de las medidas cautelares en el escenario de pandemia, conviene hacer algunas precisiones adicionales.

En primer lugar, cabe recordar que, si bien la jurisprudencia ha evolucionado resolviendo que cabe suspender la ejecución de actos administrativos de contenido negativo, ello plantea en no pocas ocasiones dificultades, pues se traduce en una anticipación y una concesión provisional de lo denegado en vía administrativa, a través de la vía cautelar. En palabras de la Sentencia del Tribunal Superior de Justi-

cia de Madrid de 26 de febrero de 2021, recurso n.º 624/2020, «esto es, la suspensión implicaba la autorización de lo no autorizado por la Administración». Y es que el otorgamiento de la medida equivaldría, en definitiva, a la sustitución del órgano administrativo competente por un órgano judicial, excediendo por ello del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, con invasión de la esfera de las competencias y atribuciones de la Administración.

Asimismo, no hay que perder de vista que el artículo 136 de la LJCA establece que la medida cautelar que se solicite habrá de adoptarse cuando se trate de los supuestos comprendidos en los artículos 29 y 30 del mismo cuerpo legal. Esto es, en los casos de inactividad y vía de hecho, los términos se invierten y la medida cautelar solicitada se adoptará «salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero». En lo que aquí interesa y sin necesidad de volver a la ponderación de los intereses, lo que advierte el precepto es que la inactividad o la vía de hecho deben darse de forma manifiesta, sin dudas, pues, sobre la propia existencia de aquellas figuras (sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de diciembre de 2019, recurso n.º 813/2019, que rechaza la medida cautelar presentada por no estar en presencia de una inactividad, sino de un silencio).

Además, se contempla en el mismo artículo 136 de la LJCA que las medidas podrán solicitarse antes incluso de la interposición del recurso, tramitándose conforme al régimen de las conocidas como medidas cautelarisimas que recoge el artículo 135 de la LJCA.

En relación con esta tutela cautelarísima *inaudita parte*, sin audiencia de la Administración, destacar que para que pueda solicitarse es necesario que concurren circunstancias de especial urgencia que impliquen que, ante la inminente ejecución del acto administrativo, de seguirse la tramitación ordinaria del incidente, la adopción de la medida cautelar resultaría ineficaz. Lo resume con precisión el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de junio de 2021, recurso n.º 854/2021.

Ahora bien, esa especial urgencia no puede derivarse de la acción o de la inacción de la parte a la hora de interponer el recurso o solicitar la medida cautelar, pues entonces con ello sería suficiente para que la medida hubiera de resolverse, siquiera sea de forma provisional, sin participación de la parte contraria (entre otros, Auto del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2019, recurso n.º 385/2019).

En caso de que el órgano judicial acceda a la petición de medida cautelarísima, se dará audiencia por plazo de tres días a la Administración demandada o bien se



convocará a las partes a una comparecencia, y se resolverá finalmente el levantamiento, mantenimiento, o modificación de la medida adoptada; en caso de que el órgano judicial no acceda a la petición de medida cautelarísima, por no apreciarse la especial urgencia, se ordenará la tramitación ordinaria del incidente cautelar.

Conviene añadir finalmente dos cuestiones que consideramos de interés para todo el régimen de la justicia cautelar.

Por una parte, que *«donde ha de solicitarse y, en su caso, obtenerse, la tutela cautelar»*, es *«ante el órgano jurisdiccional que conoció del proceso en la instancia»*, tal y como recuerda el Auto del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2020, recurso n.º 2118/2020. Y es que, como explica el Alto Tribunal, no hay que confundir el hecho de que las medidas cautelares se puedan solicitar en cualquier estado del proceso, con el concreto órgano judicial competente para su adopción.

Por otra parte, que *«no puede identificarse el ámbito objetivo del recurso contencioso administrativo con el tipo y alcance de las medidas cautelares, pues estas pueden y deben ser todas aquellas que impidan que se frustre la finalidad del recurso contencioso administrativo. Dicho de otro modo, no cabe limitar la medida cautelar de suspensión única y exclusivamente al acto impugnado en el proceso»*, como ha precisado la Sentencia del Tribunal Supremo 9 de diciembre de 2020, recurso n.º 7831/2018.

3. Medidas cautelares durante la crisis del COVID-19

I. Con la aparición del Coronavirus SARS-CoV-2 se ha producido la interposición de gran cantidad de recursos contencioso-administrativos que han versado sobre la materia. Así se han impugnado, desde la propia declaración del estado de alarma (aunque el Tribunal Supremo ha inadmitido los recursos deducidos contra los Reales Decretos que declararon el estado de alarma y sus dos prórrogas posteriores por carecer de jurisdicción para su enjuiciamiento, al corresponder esta al Tribunal Constitucional), hasta las medidas sanitarias generales adoptadas para toda la población o la falta de ellas, el catálogo de los centros, servicios o establecimientos esenciales, las actividades que se han permitido realizar durante las diferentes fases de la pandemia o las sanciones derivadas del incumplimiento de toda la normativa existente al respecto. En este contexto ha adquirido gran importancia la pieza separada de suspensión, centrándonos en este punto en el examen de las medidas cautelares solicitadas en los recursos contencioso-administrativos que se han interpuesto contra las medidas sanitarias adoptadas con carácter general.

La importancia a la que hacíamos referencia, que en un principio reside en el propio derecho a la tutela judicial efectiva por la potencial pérdida de finalidad legítima del recurso, se ha revelado más trascendente, si cabe, en los casos relacionados con el COVID-19.

En primer lugar, porque en una situación como la vivida, en la que ha tenido lugar un desarrollo normativo tan frenético como insólito —en el que han confluído tanto las carencias de la legislación ordinaria, puestas de relieve por la gravedad de la crisis sanitaria, como el complejo reparto competencial derivado de nuestro sistema autonómico—, podemos aventurarnos a sostener que en no pocas ocasiones, el éxito del recurso contencioso-administrativo pasaba por obtener una pretensión favorable en la pieza de medidas cautelares, convirtiéndose la solicitud de la medida, la oposición a la misma y la decisión del órgano judicial, en la auténtica clave del proceso.

En efecto, la inusitada profusión normativa, motivada en la necesidad de ir adaptando, prácticamente con periodicidad semanal o mensual, tanto los comportamientos y prácticas individuales o colectivas, como las actividades económicas, laborales, productivas o asistenciales a la evolución de la situación epidemiológica, ha determinado que muchas de las medidas adoptadas con carácter general no nacieran con vocación de permanencia en el tiempo, limitándose a desplegar su eficacia durante cortos periodos temporales, al tener que ser rápidamente sustituidas por nuevas medidas que las Administraciones sanitarias adoptaban en función de dicha evolución. Y es que como dispuso el propio Tribunal Supremo en su Auto de 16 de junio de 2020, recurso n.º 99/2020, *«Las normas de protección sanitaria contra la infección del coronavirus 2019 y para prevenir su contagio son evolutivas y cambiantes como la propia enfermedad»*.

Y es en esta tesitura cuando la pieza de medidas cautelares abierta en los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra estas decisiones adoptó una trascendencia esencial, al producirse la paradoja de no resultar la tutela dispensada por una sentencia sobre el fondo del asunto tan decisiva y expeditiva como la derivada de una resolución favorable en la medida cautelar. No solo porque en el momento de dictarse sentencia la situación pandémica pueda haber variado o finalizado hasta el punto de que la resolución sobre el fondo carezca de virtualidad práctica, sino porque precisamente a causa de la variabilidad y el carácter cambiante de las medidas, buena parte de los recursos contencioso-administrativos que se han interpuesto contra ellas han finalizado por carencia sobrevenida de su objeto.

Expondremos más adelante algunos casos de esa carencia sobrevenida de objeto del procedimiento, queriendo hacer un breve inciso para recordar que esa carencia



sobrevenida de objeto y la procedencia de archivo del recurso, como uno de los modos de terminación del proceso contencioso-administrativo no previsto específicamente en los artículos 74, 75 y 76 de la LJCA, se contempla en el artículo 22 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), de aplicación supletoria a la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud de la disposición final primera de la LJCA. La LEC atempera el rigor del principio de *perpetuatio iurisdictionis* porque contempla que las circunstancias sobrevenidas tengan incidencia en el proceso cuando la innovación priva de interés legítimo a las pretensiones formuladas «por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa» (ex artículo 413 de la LEC en relación con el citado artículo 22).

Cabe recordar asimismo, que la jurisdicción contencioso-administrativa no está para prevenir agravios futuros o hacer declaraciones doctrinales, sino para tutelar intereses actuales, ciertos y concretos, por ser su finalidad específica restablecer el orden jurídico perturbado (en este sentido puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2014, recurso n.º 2541/2011).

Es decir, y volviendo al hilo principal, ha sido la evolución de la pandemia la que ha privado de validez a buena parte de las disposiciones generales o actos administrativos inicialmente recurridos, al haber sido derogadas o sustituidos por otros, o incluso al haber perdido su validez por el simple transcurso del tiempo para el que se adoptaron, convirtiendo así a la pieza de medidas cautelares y su resolución en la auténtica clave del procedimiento.

Dicho esto, que ha sido un resultado colateral de la ingente cantidad de normas que se han dictado para hacer frente a la situación, lo cierto es que el régimen de adopción de las medidas cautelares se ha mantenido en los términos generales ya analizados en el apartado anterior, si bien, en la mayoría de los casos, el elemento esencial se ha desplazado a la ponderación de intereses, con especial consideración a que las medidas sanitarias y las limitaciones impuestas derivaban de disposiciones de carácter general, que como hemos visto, exigen un análisis más riguroso si cabe.

II. Una vez expuesta la importancia que ha adquirido la pieza separada de suspensión con ocasión de la aparición de la pandemia, vamos a descender al análisis de algunos casos concretos para ver cómo han actuado los órganos judiciales.

Dado el considerable volumen de asuntos, es absolutamente imposible examinar todos y cada uno de los pronunciamientos que se han producido para todas y cada una de las medidas adoptadas. Profundizaremos, así, en los que, quizás, han sido los temas más conocidos a nivel general. De la misma forma, nos centraremos única-

mente en los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y del Tribunal Supremo.

Lo primero que interesa destacar es que las decisiones adoptadas por los Tribunales han perseguido el objetivo esencial de proteger la salud. Ante la acusada incertidumbre generada por la pandemia (especialmente al inicio de la misma) y la dificultad para ponderar jurídicamente medidas sustentadas en datos sanitarios que trascienden de los conocimientos jurídicos que ordinariamente se manejan, los órganos judiciales siguieron esa línea principal, que merece, sin duda, los calificativos de correcta, sensata y adecuada.

Dicho esto, la evolución posterior de las circunstancias con el relajamiento de las restricciones, unida a la dificultad de explicar con solvencia y coherencia muchas de las medidas adoptadas, hizo que esa pétrea postura inicial fuera admitiendo matizaciones.

A nadie se le escapa que si se acuerda el cierre temporal de un sector de la actividad (por ejemplo, de la hostelería), la tramitación ordinaria del recurso puede determinar situaciones irreversibles, puesto que la imposibilidad de mantener los establecimientos abiertos al público en el ejercicio de la actividad implica para el sector cuantiosas pérdidas económicas.

Ahora bien, lo anterior, siendo cierto, requería indiscutiblemente de la ponderación de intereses, inclinándose los Tribunales por dar preponderancia a la protección de la salud pública. Lo resume perfectamente el Auto del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2021, recurso n.º 25/2021, cuando dice:

«Esa misma línea siguió el Tribunal Constitucional al denegar un amparo frente a la prohibición de una manifestación sindical en el ATS 40/2020, de 30 de abril, apartado 4, inciso ii):

“En el supuesto que nos ocupa, la limitación de ejercicio del derecho tiene una finalidad que no solo ha de reputarse legítima, sino que además tiene cobertura constitucional bastante en los arts. 15 CE (garantía de la integridad física de las personas) y 43 CE (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en las actuales circunstancias... En el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las conse-



cuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han adverdado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981”».

Desde la óptica del defensor de la Administración, nuestra postura ha venido guiada por la misma convicción. Como individuos que igualmente hemos padecido las restricciones y siendo perfectamente conocedores de la realidad que nos rodeaba, la protección del mayor número de población era el objetivo a alcanzar. La novedad de los asuntos, unida a la repercusión mediática de los mismos y a la posibilidad de que comportamientos no deseados se extendieran, nos hicieron extremar las precauciones en la tramitación de todos estos casos. Piénsese, por ejemplo, no ya en la suspensión de una Orden que restringiera la movilidad (carece de mayores explicaciones la trascendencia de un pronunciamiento así a todos los niveles), sino incluso en peticiones individuales que, en caso de estimarse, podían extenderse y suponer en última instancia una propagación de los contagios (se nos ocurren las peticiones de personas que querían circular libremente o las cursadas en los centros escolares de padres solicitando que sus hijos, en principio sanos, no acudieran con mascarilla).

En definitiva, en la ponderación de los intereses en conflicto debía prevalecer el derecho a la salud colectiva. La protección de la salud y seguridad de los ciudadanos es la finalidad común de todas Administraciones, debiendo las medidas respetar, eso sí, los derechos fundamentales garantizados en la Constitución.

III. Esta protección de la salud se atisba claramente en los pronunciamientos del Tribunal Supremo en relación con medidas cautelares instadas en los albores de la crisis sanitaria. Las primeras solicitudes que se dirigieron a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en este momento, en que las restricciones de movilidad se derivaron del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y respecto de cuyo enjuiciamiento el Tribunal Supremo se declaró incompetente, fueron las de carácter positivo.

Debe hacerse un breve inciso para recordar, como apuntamos al principio, que el Tribunal Supremo resolvió rechazar las medidas cautelares solicitadas en recursos

interpuestos contra la propia declaración del estado de alarma y sus prórrogas, al carecer de jurisdicción. Declaró el Alto Tribunal que tras darse cuenta del Real Decreto y sus prórrogas al Congreso, este instrumento adquiere el valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas con fuerza de Ley, correspondiendo la competencia para su enjuiciamiento al Tribunal Constitucional. Pueden citarse en este punto, entre otros, el Auto del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2020, recurso n.º 90/2020, que rechaza la petición de medidas cautelares, declarándose finalmente la inadmisión del recurso contencioso-administrativo por la citada falta de jurisdicción por Auto de 12 de mayo de 2020. Se siguió así en línea con las decisiones adoptadas en el pasado en relación al estado de alarma declarado con ocasión del asunto de los controladores aéreos (Auto del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2011, recurso n.º 553/2010; o Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 2016, recurso n.º 4703/2012).

Volviendo a la solicitud de las medidas cautelares de carácter positivo, puede aludirse de forma fundamental al Auto del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2020, recurso n.º 91/2020.

En este caso, un sindicato médico interpuso recurso contencioso-administrativo contra la inactividad del Ministerio de Sanidad en lo referente al incumplimiento del artículo 12.4 del citado Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, según el cual *«Estas medidas también garantizarán la posibilidad de determinar la mejor distribución en el territorio de todos los medios técnicos y personales, de acuerdo con las necesidades que se pongan de manifiesto en la gestión de esta crisis sanitaria»*. En definitiva, se solicitaba la provisión de material de protección (batas impermeables, mascarillas, gafas de protección, calzas específicas y contenedores de residuos).

El Alto Tribunal, guiado por *«la preservación de los derechos a la integridad física y a la salud de los profesionales sanitarios»*, y concluyendo que no ha alcanzado plena efectividad la distribución de los medios de protección, accede a la petición de justicia cautelar. La solución alcanzada es interesante por dos motivos.

En primer lugar, porque no se atisba la concurrencia de los requisitos de la inactividad necesarios para acceder a la petición, tal y como sostenían la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal, y que hemos tenido oportunidad de exponer al principio. De hecho, la Sala ni siquiera entra en un examen de la cuestión, cuando en cualquier otro asunto y momento se hubiera revelado como esencial.

Y, en segundo lugar, destaca el Auto en la medida en que ni siquiera se accede a la petición deducida en los términos interesados por el sindicato médico. En efec-



to, si bien se instaba la provisión de material *«con carácter urgente e inmediato»*, la Sala resolvió *«Requerir al Ministerio de Sanidad la adopción de todas las medidas a su alcance para que tenga lugar efectivamente la mejor distribución de los medios de protección de los profesionales sanitarios»*. La decisión no pasa así de ser una mera declaración de intenciones, quizás consciente el Tribunal de las dificultades existentes en las fases iniciales de la crisis para conseguir cualquier tipo de material de protección. El Tribunal Supremo culmina además requiriendo al Ministerio de Sanidad para que proporcione a la Sala información quincenal de las concretas medidas adoptadas a tal fin, con indicación de los medios de protección puestos a disposición de los profesionales sanitarios y su distribución efectiva.

Si bien hemos visto que no cabe limitar la medida cautelar de suspensión única y exclusivamente al acto impugnado en el proceso, lo cierto es que el Auto tampoco resolvió dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes, tal y como exige el artículo 33.1 de la LJCA.

Algo semejante se produjo en la Comunidad de Madrid con el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de abril de 2020, recurso n.º 428/2020.

La petición, instada por un Ayuntamiento respecto de las residencias de mayores ubicadas en su término municipal, se articuló igualmente contra la inactividad de la Consejería de Sanidad solicitando *«medidas que garanticen la protección de la salud en las residencias de mayores (dotación de personal sanitario, test de diagnóstico y material de protección; medidas de ubicación y aislamiento de pacientes; y de limpieza de los centros»*, acordando la Sala, al apreciar la inexistencia de personal sanitario suficiente para hacer frente a la situación, *«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»*.

Como apuntábamos, el caso es semejante al resuelto por el Tribunal Supremo dado que, a nuestro juicio, no concurrían los requisitos necesarios para apreciar la existencia de una inactividad, puesto que la normativa utilizada por el recurrente (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) no imponía una concreta y determinada obli-

gación, en los términos que viene exigiendo la jurisprudencia. La reclamación contra una inactividad no es el cauce adecuado para valorar sobre la forma en que se ha desarrollado una actuación administrativa, sino que, partiendo de una obligación indubitada y delimitada (*«a realizar una prestación concreta»* dice el artículo 29 de la LJCA), el recurso se debe ceñir a considerar si, ante su incumplimiento, procede la condena a tal prestación.

A lo anterior hay que añadir lo que parece una clara falta de legitimación del Ayuntamiento, puesto que no es receptor de los medios que reclama, sin relación alguna con los residentes o trabajadores de los centros. De hecho, ni siquiera es titular de las residencias. Este razonamiento se refuerza si consideramos que el recurso se interpone por el cauce de la inactividad, que como señalábamos tiene por objeto reclamar el cumplimiento de una obligación *«a quienes tuvieran derecho a ella»* de acuerdo con el repetido artículo 29 de la Ley rituaria. Luego, por lógica, se ha de ser acreedor de esa obligación para ostentar legitimación, legitimación activa que en el orden contencioso-administrativo viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio. El Ayuntamiento se irroga de esta manera una tutela ajena, una acción pública, pero su posición institucional, derivada del reconocimiento de la autonomía municipal, no eleva a ninguna Administración al grado de tutor de la legalidad, ni a fiscalizador de las demás Administraciones.

El Auto acordando las medidas cautelarísimas fue confirmado por Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de abril de 2020, y si bien la Sala detalla prolijamente el marco normativo aplicable, hace suya la solución propuesta por el Tribunal Supremo respecto del sindicato médico, no entrando a analizar con precisión la posible falta de concurrencia de los requisitos de la inactividad.

Debe añadirse finalmente que la misma dinámica fue seguida por la Sala respecto de una petición idéntica deducida por otro Ayuntamiento en el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de abril de 2020, recurso n.º 434/2020, confirmado por Auto de 6 de mayo.

IV. Decretado el levantamiento del primer estado de alarma tras sucesivas prórrogas, se produjo un nuevo escenario que tuvo por base el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de julio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, norma emitida durante el llamado proceso de desescalada en el que, como es sabido, se



reguló una moderación gradual de las medidas acordadas por la declaración del estado de alarma.

Esta norma se justificaba ante el previsible levantamiento de las restricciones, que devolvía a las Comunidades Autónomas su estatus de competencias en materia sanitaria, y que era necesario compaginar con el establecimiento de un marco de medidas que garantizaran el control de la situación epidemiológica.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid se dictó la Orden 668/2020, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, la cual experimentó innumerables modificaciones, con frecuencia prácticamente semanal, en respuesta a la evolución de la situación epidemiológica. Muchos de los preceptos de esta Orden o de sus sucesivas modificaciones fueron objeto de impugnación, así como de solicitudes de suspensión a través de las medidas cautelares, precisamente porque con la finalidad de contener el avance de la enfermedad, esta normativa estableció obligaciones y restricciones en multitud de ámbitos, que resultaron sumamente controvertidas y que dieron lugar a una intensa litigiosidad.

Los asuntos de más trascendencia en este punto fueron la obligatoriedad del uso de mascarillas, las restricciones de movilidad y las limitaciones horarias y de aforo, que se pasan a examinar.

En cuanto a las medidas cautelares en que se solicitaba la suspensión de la obligatoriedad del uso de mascarillas, puede aludirse al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de noviembre de 2020, recurso n.º 1039/2020. En el recurso se impugnaban los preceptos de las Órdenes 920/2020, 961/2020, 997/2020, 1035/2020, y 1047/2020, que modificaban la Orden 668/2020, de 19 de junio de 2020, de la Consejería de Sanidad, arriba referida. Concretamente se solicitaba la suspensión de la ejecución de todos los preceptos en los que se determinaban los lugares, espacios, establecimientos, locales, actividades y criterios bajo los cuales se establecía la obligatoriedad de las personas de usar mascarillas. El actor fundamentaba la necesidad de adoptar la medida cautelar en el carácter irreparable del daño que con esta imposición se iba a provocar, al considerar que el uso continuado y prolongado de las mascarillas ponía en riesgo la salud física y psíquica de la población sana y que era una medida respecto de la cual no concurría el deber jurídico de soportar, invocando también el *fumus boni iuris*, al considerar que las Órdenes impugnadas vulneraban, entre otros, el principio de jerarquía, las normas del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, y los derechos fundamentales y libertades públicas.

La Sala denegó la medida cautelar. Consideró imposible atender a las alegaciones sobre el fondo dado su *«carácter de incidente de cognición limitada»*, entendiendo que no concurrían los supuestos tasados en los que procedía la aplicación del *fumus boni iuris*, aludiendo a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2016, recurso n.º 3714/2015, según la cual *«la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tomada en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito»*.

Asimismo, señaló en el Auto que, si bien es cierto que en la invocación de los daños el solicitante puede y debe aportar un principio de prueba del carácter irreparable del daño que la no adopción de la medida comportaría, su consideración forma parte de la labor de ponderación en conjunto de los intereses concurrentes, centrandolo la denegación en la necesidad de otorgar prevalencia al interés general incardinado en la protección de la salud pública. En este particular, la Sala parte de que las situaciones de contacto social suponen un riesgo para la salud pública, haciendo suyos los razonamientos del Alto Tribunal contenidos en el Auto de 17 de junio de 2020, recurso n.º 104/2020, en el que se solicitaba la suspensión de una Orden del Ministerio de Sanidad por la que se autorizaba la utilización de biocidas en las labores de desinfección para hacer frente a la crisis sanitaria, entendiendo que *«la afectación que la medida cautelar de suspensión representaría para el interés público que se trata de proteger es de una entidad indudablemente mayor que la de los intereses que invocan los recurrentes»*. Igualmente, refuerza la labor de ponderación en el grave perjuicio que representa para el interés público el hecho de que se suspenda la ejecución de una disposición general, por encontrarse este implícito en su naturaleza y pretenderse exceptuar su plena vigencia, integración en el ordenamiento jurídico, su eficacia general y su obligado cumplimiento para todos los afectados.

Por otro lado, también puede aludirse al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de junio de 2021, recurso n.º 799/2021. En este caso, la Sala denegó la suspensión cautelar de la aplicación de la Orden 2162/2020, de 14 de septiembre, de la Consejería de Educación y Juventud de la Comunidad de Madrid, por la



que se establecían medidas que habían de adoptar los centros docentes de la Comunidad de Madrid en relación con la crisis sanitaria en el concreto particular relativo al uso de mascarillas, así como la medida cautelar positiva consistente en que se autorizara al hijo del recurrente para entrar y salir sin mascarilla en el centro escolar en cuanto se dictara sentencia sobre el fondo de la cuestión.

El rechazo de la medida cautelar solicitada se fundamentó en dos razones. En primer lugar, porque el solicitante obvió la carga que sobre él concurría, de acreditar debidamente cuáles eran los daños y perjuicios de difícil o imposible reparación que la ejecución de la resolución impugnada provocaba, al limitarse *«a hacer una alegación apodíctica y genérica, debiendo calificar de tal, aquella por la que se limita a afirmar, sin argumento justificativo alguno, que el uso obligatorio de mascarilla pone en grave riesgo la salud física y psíquica de sus hijos. Lo cual nos lleva a concluir que, habiendo incumplido tal deber, no ha quedado acreditado el requisito de periculum in mora, en el sentido que estamos analizando. Y todo ello, sin perjuicio de recordar que el régimen jurídico sobre el particular, prevé la posibilidad de acordar una dispensa del uso de mascarilla, en casos concretos, sin que conste que los hijos del recurrente se encuentren en alguno de tales supuestos, cuestión que, ni tan siquiera, ha sido alegada por la parte»*. Y en segundo lugar, y a mayor abundamiento, por la necesidad de primar el interés general y de terceros que representa la protección de la salud pública que perseguía la medida discutida, adoptada para hacer frente al avance de la enfermedad. En este sentido, el Auto concluye sin ambages que *«acceder a las peticiones cautelares, afectaría al conjunto de medidas sanitarias acordadas por la autoridad sanitaria y perturbaría de forma indiscutible y grave, la estrategia preventiva diseñada para combatir, en el estado actual de conocimiento científico, la transmisión comunitaria del virus SARS-CoV-2»*.

La protección de la salud como elemento esencial a la hora de resolver sobre las medidas cautelares en esta materia, ha sido también corroborada por el Tribunal Supremo como argumento de fondo a la hora de desestimar los recursos en los que se debatía el uso obligatorio de las mascarillas. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2020, recurso n.º 140/2020, se dispuso que *«La salud de los ciudadanos es un elemento esencial del interés general que deben atender los poderes públicos. En una indiscutible situación de pandemia como la generada por el virus COVID-19 que, notoriamente, no se circunscribe al territorio español, resulta evidente que debe prevalecer el interés general sobre el individual, esto es el derecho a la vida de la mayoría de los ciudadanos sobre la pretensión individual aquí ejercitada de contraer el virus para adquirir inmunidad»* y que *“resulta patente que la intervención estatal en la libertad individual en el ámbito de la integridad personal física y moral mediante el uso de la mascarilla resulta proporcionada a los fines buscados: la*

protección de la salud de los ciudadanos considerados en su globalidad, así como una protección terapéutica no especialmente invasiva.

Debe prevalecer el objetivo constitucional de protección de la salud de todos, art. 43 CE que comprende la integridad física y moral. Se reputa legítima la disposición ordenando el uso de mascarilla en razón de que, en el actual estado de conocimiento de propagación del virus COVID-19, es necesaria y proporcionada para alcanzar el fin de interés general de protección de la salud, al constituir una medida que puede contener la progresión de la pandemia».

En el mismo sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2020, recurso n.º 128/2020, debiendo destacarse en lo concerniente a las medidas cautelares, que en el seno de este último procedimiento se solicitó la suspensión cautelarísima de la Orden impugnada, que fue denegada al no concurrir las circunstancias de especial urgencia para resolver la medida *inaudita parte*, acordándose la apertura ordinaria de la correspondiente pieza de medidas cautelares. No obstante, el Tribunal Supremo no adoptó una decisión sobre la concurrencia de los requisitos de la tutela cautelar en esta materia, al haber manifestado la solicitante que en el caso de no adoptarse la medida cautelar de forma *inaudita*, desistía de la tramitación ordinaria de la misma, declarándose por ello finalizado el incidente de medidas cautelares por desistimiento del recurrente en Auto de 10 de junio de 2020. Puede apreciarse con este proceder que, en no pocas ocasiones durante la pandemia, el interés de los recurrentes radicaba en obtener, a través de las medidas cautelares, la suspensión inmediata de las medidas sanitarias generales que consideraban lesivas o invasivas de sus derechos individuales.

Finalmente, no puede dejar de advertirse que en algunos de los recursos interpuestos contra las Órdenes autonómicas que establecían la obligatoriedad del uso de las mascarillas, se vuelve a apreciar con claridad la carencia sobrevenida de objeto de la que ya se ha hablado en repetidas ocasiones a lo largo de esta disertación. Así ha ocurrido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de junio de 2021, recurso n.º 1538/2020, en el que se recurría la obligatoriedad del uso de mascarillas determinado en la Orden 920/2020, de 28 de julio, por la que se modificaba la Orden 668/2020, de 19 de junio, y a las que ya hemos hecho referencia.

La carencia sobrevenida del objeto se produjo porque las Órdenes recurridas fueron sustituidas por otras posteriores, no recurridas de contrario en ningún momento. Y porque se produjo la entrada en vigor de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis



sanitaria ocasionada por el COVID-19, cuyo artículo 6 consagró la obligatoriedad del uso de las mascarillas en términos idénticos a la normativa madrileña.

En ese marco, la Sentencia resuelve la inadmisión del recurso, advirtiendo que:

«Lo que la parte recurrente debería haber hecho, con buena técnica procesal, era ampliar el recurso ya interpuesto (art. 36 de la Ley Jurisdiccional) a la norma posterior derogatoria de la inicialmente impugnada, o bien interponer directamente un nuevo y distinto recurso contra esa norma posterior una vez que la misma fue publicada, lo que no consta que se haya hecho; pero lo que no puede hacer ni debe esperar es que la Sala ignore la derogación de la norma impugnada y que a pesar de esa derogación resuelva la impugnación de fondo sostenida por la actora, so pretexto de que la norma recurrida, ya desaparecida del Ordenamiento Jurídico por su derogación persiste en una norma posterior, cuando esta última es una norma sobre la que no ha girado la controversia. Podría haber sido así si la parte actora hubiera extendido su impugnación a la misma por el cauce del precitado artículo 36 o por otros medios que incorporaran la norma derogatoria al litigio, pero pretende ahora la acumulación al recurso tramitado bajo el número 344/2012 obviando lo anterior, lo que resulta claramente improcedente.

Así las cosas, no se puede pretender un enjuiciamiento hipotético de las distintas Órdenes inicialmente impugnadas, que deviene en meramente teórico y carente de utilidad práctica, pues aun cuando se estimase este recurso y se anulasen las modificaciones operadas en la inicial Orden 668/2020, de 19 de junio, dichas anulaciones no producirían efectos al no resultar ya aplicables.»

Respecto las medidas cautelares en materia de restricciones de movilidad, puede aludirse al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de noviembre de 2020, recurso n.º 1291/2020.

El objeto del recurso contencioso-administrativo eran las Órdenes de la Consejería de Sanidad de 18 de septiembre y de 1 de octubre de 2020, por las que se adoptaban medidas específicas temporales y excepcionales por razón de seguridad pública para la contención del COVID 19 en núcleos de población correspondientes a determinadas zonas básicas de salud, consistiendo básicamente estas medidas en restringir la entrada y salida de personas en una serie de ámbitos territoriales, salvo desplazamientos adecuadamente justificados, y en establecer restricciones de aforo en lugares de culto. En el seno de este recurso se solicitó la medida cautelar consistente en la suspensión de vigencia de las Órdenes, y subsidiariamente que se otor-

gara una medida cautelar positiva consistente en el reconocimiento del derecho del recurrente a circular libremente por todo el territorio nacional y a reunirse con familiares y amigos sin limitación.

No es discutible que las Órdenes impugnadas produjeron una incidencia en el ámbito del derecho fundamental de libertad de circulación, muestra de lo cual fue la necesidad de que la Comunidad de Madrid sometiera a ratificación judicial las medidas contenidas en ellas que afectaban a los derechos fundamentales¹. El reclamante justificaba su solicitud de medida cautelar en que la ejecución de las Órdenes creaba situaciones irreversibles en el ejercicio de dichos derechos fundamentales tanto al solicitante como a otros muchos ciudadanos, y en el *fumus boni iuris* derivado de la falta de competencia de la Comunidad de Madrid para limitar derechos fundamentales, de la falta de amparo de la previa declaración de estado excepcional y de la falta de justificación de la necesidad de las medidas.

Ahora bien, lo que tampoco resulta discutible es que en la ejecución de las Órdenes recurridas, al tener la consideración de disposiciones generales, quedaba especialmente comprometido el interés general, disponiendo el Auto por el que se resolvió la medida cautelar que respecto del mismo *«la parte actora no ha expuesto ninguna circunstancia en concreto de la que se derive una necesidad o un deseo, no meramente hipotético, por ejercitar el derecho fundamental a la libre circulación, precisamente, entrando en el municipio de Madrid, o su derecho de reunión, precisamente para reunirse con más de seis personas»*.

A su vez, pese a considerar justificado el *periculum in mora*, la Sala entendió que las alegaciones basadas en el *fumus boni iuris* no eran suficientes para justificar la adopción de la medida cautelar por no ser la nulidad alegada manifiesta ni patente, ni aparecer la ulterior estimación del recurso de forma ostensible.

Dicho esto, además de los tres tradicionales requisitos de la pieza cautelar, se consideraron por la Sala otras dos circunstancias particulares, derivadas de la incesante promulgación de normas experimentada durante la pandemia, que le condujeron a denegar la medida solicitada. La primera es la carencia sobrevenida de objeto de la medida, al haber perdido vigencia las normas impugnadas, puesto que estas habían nacido por un periodo temporal de catorce días naturales, que ya había expirado cuando la Sala resolvió la solicitud. Y la segunda es la imposibilidad de con-

¹ Sobre la ratificación judicial de las medidas sanitarias puede consultarse el artículo de esta obra al respecto, elaborado por los Letrados de la Comunidad de Madrid Fernando Muñoz Ezquerro y María Mercedes Rus Moreno.



ceder al recurrente la medida cautelar positiva consistente en permitírsele circular libremente por el territorio nacional y reunirse con quien desee, puesto que en tal caso se le concedería una dispensa para incumplir las limitaciones a la libre circulación de personas, a la entrada y salida de las Comunidades Autónomas, a la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y a la permanencia de personas en lugares de culto impuesta por una normativa dictada con posterioridad a la interposición de recurso, que no era objeto del mismo, y para cuyo enjuiciamiento la Sala no era competente. Normativa que básicamente estaba constituida por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, que declaró el estado de alarma, el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, que lo prorrogó y los Decretos que como autoridad delegada del Gobierno, dictó la Presidenta de la Comunidad de Madrid.

Que en asuntos como el analizado la pieza de medidas cautelares era el *quid* del procedimiento, por ser la tutela solicitada a través de la misma, consistente en la suspensión de la aplicación de medidas generales de derechos que nacían para un periodo de tiempo limitado, la genuinamente pretendida por el solicitante, se pone de manifiesto en el hecho de que, tras dictarse el Auto denegatorio de la medida cautelar, el recurrente desistió del procedimiento.

Por lo demás y en relación con las restricciones de movilidad, ha de tenerse presente que el Tribunal Supremo ya se había pronunciado en relación con los desplazamientos de la población infantil durante la situación de crisis sanitaria por Auto de 19 de mayo de 2020, recurso n.º 99/2020. En primer lugar, el Auto aborda los problemas derivados de la sucesiva promulgación de normas que imponen limitaciones en los desplazamientos, si bien desde una perspectiva contraria a la vista en la resolución anterior. Y es que, en este caso, la norma que se impugnaba y cuya suspensión se solicitaba, resultaba menos restrictiva del derecho a desplazarse de los menores de 14 años que su predecesora, al establecer una ampliación del derecho de los niños a dar paseos durante el estado de alarma que quedaría sin efectos si se accediese a la medida cautelar. Según el Tribunal Supremo es justificable denegar la solicitud de suspensión si esta va en perjuicio del actor, como en este caso, en que la adopción de la medida cautelar paradójicamente empeoraría la situación del solicitante de la misma.

Amén de lo anterior, el Tribunal Supremo analiza las concretas quejas del reclamante sobre las condiciones que la Orden establece para los desplazamientos de los menores, rechazándolas por un motivo de fondo, cual es la falta de legitimación del solicitante a quien, como padre de una sola hija de 9 años, no le afectaba que quedasen excluidos del ámbito de aplicación de la resolución impugnada los menores de 14 a 18 años, ni los límites máximos de las personas que podían realizar paseos diarios (un adulto responsable y tres niños o niñas).

Finalmente, y en cuanto a los tradicionales requisitos de las medidas cautelares, aun admitiendo la existencia del *periculum in mora*, el Auto consideró que la ponderación de los intereses concurrentes imponía la necesidad de denegar la medida cautelar, puesto que los derechos a la libre circulación y reunión debían ceder frente a otros derechos fundamentales superiores, como los derechos a la vida y a la integridad física, tanto del recurrente y de su hija como de terceros, que podrían verse afectados por el riesgo de contagio de la enfermedad si se concediera la medida cautelar positiva solicitada, consistente en que se le permitiera circular libremente con su hija menor, reunirse con sus amigos y desplazarse con ella a una segunda residencia.

En esa primacía del interés general inherente a la protección de la salud pública frente al particular del solicitante, volvió a insistir el Auto del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2020, que desestimó el recurso de reposición que se interpuso contra el de 19 de mayo de 2020 que acabamos de analizar. Así, la Sala dispuso que *«en el momento de sopesar las consecuencias de la medida que se pide es necesario tener en cuenta el impacto que la misma tendría para todos los afectados, y no solo para el recurrente y su hija, porque no hay razones para acordar una medida singular que sería tolerancia singular improcedente frente a una norma sanitaria de alcance general»*. Y finalmente, frente a las objeciones del recurrente relativas a que tanto él como su hija son personas jóvenes, que no se consideran contagiadas y que no tienen inconveniente en someterse a pruebas PCR, la Sala confirmó los resultados de su tarea de ponderar los intereses concurrentes al concluir que el hecho de que la edad de los actores no sea elevada, no excluye la existencia de niños o personas jóvenes contagiadas y fallecidas a causa de la enfermedad, por lo que *«la apreciación de la Sala sobre el riesgo de contagio y de peligros para la integridad física y la vida son razonables y se confirman»*.

Interesa hacer dos precisiones en relación en este asunto a la vista de la Sentencia resolutoria de este recurso, de 10 de febrero de 2021. Así, el Tribunal Supremo desestimó el recurso por razones de fondo, sin tener incidencia ni la falta de legitimación del reclamante que, pese a ser una cuestión relativa al fondo del asunto se atisbó en el Auto de medidas cautelares, ni, a diferencia de lo que ha sucedido en otros recursos, la pérdida de vigencia de la Orden impugnada.

En efecto, en la Sentencia la Sala rechazó considerar que el recurrente careciera de legitimación porque *«en cuanto afectado directamente, como padre y representante legal de su hija menor de catorce años, por las medidas dispuestas por la Orden SND/370/2020 ha de reconocérsele el derecho a impugnarlas ante esta jurisdicción al igual que habría que reconocérselo a quienes se hallaren en su misma si-*



tuación». Y en cuanto a la pérdida de vigencia de la Orden impugnada y su incidencia sobre el recurso, el Alto Tribunal descartó que el proceso, en este caso enablado a través de los cauces del proceso de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, pudiera terminar por carencia sobrevenida del objeto puesto que «La tutela de los derechos fundamentales puede exigir una sentencia declarativa de su vulneración si llegare a apreciarse su existencia, aunque ya no se estuviera produciendo».

Finalmente, haremos también referencia a las restricciones horarias y de aforo impuestas en algunos sectores de actividad, pudiendo traer a colación el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de septiembre de 2020, recurso n.º 1109/2020.

El objeto del recurso contencioso-administrativo eran las Órdenes de la Consejería de Sanidad por la que se establecían limitaciones horarias para el desarrollo de la actividad de hostelería y restauración y la suspensión de la actividad de los locales de discotecas y demás establecimientos de ocio nocturno. Distintas empresas del sector solicitaron medida cautelarísima pidiendo el restablecimiento del horario ordinario de apertura previsto en la Orden 1562/1998, de 23 de octubre, de la Consejería de Presidencia, por la que se establece el régimen relativo a los horarios de los locales de espectáculos públicos y actividades recreativas, así como de otros establecimientos abiertos al público. Además, se proponía por los recurrentes adaptar la figura del «Controlador de accesos a espectáculos públicos», regulada en la Comunidad de Madrid al amparo del Decreto 163/2008, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la actividad de control de acceso a espectáculos públicos y actividades recreativas, pidiendo adecuarla a las necesidades de control sanitario y habilitándolos para llevar un registro de las personas que accediesen a los locales de ocio nocturno en el que se recogiese la fecha y hora, nombre y apellidos y un número de teléfono para facilitar su localización por las autoridades sanitarias en caso de que fuera necesario.

La Sala rechaza la solicitud, sin necesidad de entrar a valorar la alternativa manejada por los recurrentes (absolutamente inviable si tenemos en cuenta el carácter revisor de la jurisdicción), afirmando que *«sin desconocer que la realidad de todo orden impuesta por esta pandemia, tiene una innegable repercusión de índole económica que afecta a los sectores de hostelería, restauración y ocio nocturno que desarrollan las recurrentes, no basta una mera urgencia para la adopción de la cautela, ha de ser una especial urgencia —como venimos diciendo—, es decir, una situación perentoria que no admita la mera dilación que comporta la sustanciación de la medida cautelar con audiencia a la otra parte. Situación de especial urgencia que ni se justifica adecuadamente por la parte recurrente, ni advertimos su concurrencia en el caso examinado».*

Rechazada la especial urgencia, la Sala también desestimó la suspensión en la pieza ordinaria. Y es que, como hemos advertido anteriormente, existiendo *periculum in mora*, es indiscutible la necesidad de ponderación de otros intereses superiores, por lo que declara la Sala por Auto de 6 de noviembre de 2020 que *«En definitiva, es innegable que las medidas sanitarias cuya suspensión se pretende por la incidentista, tienen incidencia sobre la actividad económica del sector de la hostelería. Ahora bien y sin prejuzgar el fondo litigioso, su adopción supone una respuesta a la evolución epidemiológica, asimismo notoria e innegable, que la pandemia está experimentando en todo el país, incluida esta Comunidad Autónoma. Y es desde este presupuesto que debemos acometer la obligada ponderación de los intereses concurrentes, para dar preferencia y prevalencia a la finalidad sanitaria que persiguen y que se traduce en el cumplimiento del mandato que para los poderes públicos contiene el artículo 43 C.E. para, "organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios", lo que se traduce en el establecimiento de derechos y deberes de todos –los titulares– al respecto».*

De nuevo se resuelve por la Sala la carencia de objeto por Auto de 26 de julio de 2021 al dictarse nueva Orden autonómica que derogaba expresamente la precedente que imponía las limitaciones.

Igualmente puede hacerse referencia al Auto del Tribunal Superior de Justicia de 12 de noviembre de 2020, recurso n.º 1263/2020, relativo a la limitación horaria para el desarrollo de la actividad de los casinos.

El fundamento es el mismo que en el caso de la hostelería y la restauración, basándose la petición de medida cautelar en que las restricciones que se imponían por las Órdenes autonómicas suponían adelantar el cierre de la actividad de juego en máquinas en hasta siete horas y el juego en mesas hasta once horas. Añadían los recurrentes que no cuestionaban ninguna de las restantes restricciones sobre el aforo, mascarilla o distancia interpersonal, cuyo cumplimiento afirmaban era puntual y escrupuloso.

El Tribunal rechaza la suspensión remitiéndose a su previo Auto de 30 de septiembre de 2020, recurso n.º 916/2020, dictado igualmente en relación con el sector de la hostelería (cabe significar que en ese caso se denegó la medida cautelarísima por Auto de 31 de agosto de 2021), y explicando que:

«En relación con el requisito del periculum in mora y en directa relación con la necesaria ponderación de los intereses en conflicto, habremos de recordar lo que, en los antes citados Autos de 10 de junio de 2020 (Rec. 117/2020) y dos de



fecha 4 de junio de 2020 (Rec.111/2020 y 129/2020). Y es que, junto al criterio restrictivo del Tribunal Supremo, ya expresado acerca de la suspensión de disposiciones generales, el Alto Tribunal, respecto a medidas adoptadas para hacer frente al avance de la enfermedad y contagios provocados por el SARS-CoV-2, razonaba del modo que ahora reproducimos para fundamento de nuestro Auto:

Ello es muy relevante en la situación de grave afectación de los intereses públicos ocasionada por la pandemia de la COVID-19, en la que se enmarcan las medidas de protección de la disposición recurrida, y que requiere que se dispense a las medidas de protección del interés de la salud pública la mayor tutela posible. La existencia de riesgos para la salud pública derivados de situaciones de contacto social es indudable, y la afectación que la medida cautelar de suspensión representaría para la población en general, y para el interés público que se trata de proteger, es de una entidad muy relevante.»

Debe añadirse para terminar que se aprecia con claridad en las limitaciones impuestas en relación al horario de los casinos la carencia sobrevenida de objeto. Así se concluyó por la Sala en su Auto de 12 de abril de 2021, recurso n.º 1263/2020, pues la Orden recurrida desplegaba sus efectos «desde las 22:00 horas del día 2 de octubre de 2020 por un período inicial de catorce días naturales, pudiendo ser prorrogado si así lo requiriese la evolución de la situación epidemiológica de mantenerse las circunstancias que motivan su adopción», prórroga que se acordó posteriormente «desde las 22:00 horas del día 16 de octubre de 2020 hasta la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2». Y si bien se puede profundizar un poco más en la sucesión de normas autonómicas que alteraban el objeto inicial del recurso, para no desviarnos demasiado, resultó decisivo que el estado de alarma declarado por el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, terminó a las 22:00 horas del día 24 de octubre.

Teniendo en cuenta lo anterior explica la Sala que:

«En efecto, desde un punto de vista formal, la norma cuestionada nació ya con una vigencia temporal limitada y se dirigía a regular una situación excepcional también transitoria y en constante cambio; además, más allá del simple transcurso de su plazo de vigencia inicial, la norma en cuestión ha sido sustituida por otra con un contenido distinto, con la indudable consecuencia de la imposibilidad de cualquier aplicación posterior y la privación de cualquier “vestigio de vigencia”.

Y desde un punto de vista material, lo cierto es que, por su contenido, resulta que no pervive ninguna consecuencia jurídica derivada de su breve aplicación temporal.

Por último, y dado que la pretensión ejercitada en este proceso es puramente declarativa, una sentencia eventualmente estimatoria nada podría añadir a la situación jurídica actual de las recurrentes, pues la norma ya no existe.»

V. El siguiente hito en la evolución normativa estuvo provocado por el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de octubre de 2020, recurso n.º 1224/2020, por el que se acordó no ratificar las medidas preventivas restrictivas de derechos fundamentales en determinados municipios de la Comunidad de Madrid, solicitadas al amparo del artículo 10.8 de la LJCA.

La Sala concluyó que las medidas limitativas de derechos fundamentales que establecía la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, dictada en mera ejecución de la Orden Comunicada del Ministro de Sanidad, de 30 de septiembre de 2020, por la que se aprobaban actuaciones coordinadas en salud pública, constituían una injerencia de los poderes públicos en los derechos fundamentales de los ciudadanos sin habilitación legal que la amparase, «es decir, no autorizada por sus representantes en las Cortes Generales».

Este rechazo precipitó la declaración de un nuevo estado de alarma, inicialmente limitado a nueve municipios de la Comunidad de Madrid por Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, y su posterior ampliación a todo el territorio nacional por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, volviéndose a pronunciar el Tribunal Supremo sobre su falta de competencia en relación con las medidas cautelares derivadas del mismo en Auto de 5 de noviembre de 2020, recurso n.º 322/2020.

El artículo 2 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, estableció como autoridad competente al Gobierno de la Nación, señalándose como autoridad competente delegada a quien ostentase la presidencia en las Comunidades Autónomas o Ciudades con Estatuto de Autonomía. Esa delegación suponía que los recursos interpuestos contra las medidas adoptadas por las autoridades competentes delegadas se sustanciaran ante el Tribunal Supremo (en este sentido y por todos, Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2021, recurso n.º 35/2020).

En este punto podemos citar el Auto del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2021, recurso n.º 12/2021. En este caso se impugnaba el Acuerdo 2/2021, de 15 de enero, del Presidente de la Junta de Castilla y León, fijando las horas de comienzo y finalización



de la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno sin ajustarse a los márgenes establecidos en el artículo 5.2 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

El Abogado del Estado solicitó medida cautelar de suspensión con fundamento en que las modificaciones, al no respetar los parámetros fijados en el Real Decreto, se adoptaban por órgano manifiestamente incompetente.

La Sala acepta la petición de suspensión porque entiende que cualquier restricción de derechos fundamentales tiene que adoptarse dentro de las previsiones constitucionales, por mor del artículo 55.1 de la Constitución y, en su desarrollo, de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Y así afirma que *«aparecen sólidamente cuestionada la adecuación a Derecho del acuerdo recurrido, que podría incurrir en nulidad de pleno derecho, al imponer una limitación de un derecho fundamental, la libertad de circulación, más allá del ámbito horario permitido en el RD 926/2020, del estado de alarma, con afectación del derecho fundamental susceptible de amparo constitucional (art. 47.1.a Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común), y que se adopta por un órgano que resulta, prima facie, manifiestamente incompetente por razón de la materia (art. 47.1.b LPAC)»*.

Es interesante destacar que la Sala advierte que no se trata de decidir qué medidas sanitarias son necesarias, ni si las adoptadas son suficientes o no, *«por lo que el debate acerca de la idoneidad y conveniencia de unas u otras medidas está desenfocado»*, sino que el debate se circunscribe a que la limitación de la libertad de circulación por el Acuerdo recurrido constituye, al no tener *prima facie* suficiente cobertura legal y dada su dimensión de limitación generalizada que afecta a todo el territorio de la Comunidad Autónoma, *«un caso evidente de afectación de la finalidad legítima del recurso»*.

También podemos hacer referencia al Auto del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2021, recurso n.º 25/2021, siendo el objeto de recurso el Decreto 2/2021, de 24 de enero, del Presidente de la Generalidad Valenciana, por el que se limita la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados, se prorroga la medida de restricción de la entrada y la salida de personas del territorio de la Comunidad Valenciana y se limita, durante los fines de semana y los días festivos, la entrada y la salida de los municipios y grupos de municipios con población superior a 50.000 habitantes.

Habiendo rechazado la Sala la petición de medida cautelarísima por Auto de 26 de enero de 2021, dado que no se apreciaba la urgencia perentoria exigida por el artículo 135.1 de la LJA, se desestima la suspensión partiendo de la base de que la Sala con-

sidera la salud un valor primordial al integrarse en el derecho a la vida. Y, a diferencia de lo que sucedía en el caso de Castilla y León, *«El Decreto aquí cuestionado sigue la pauta marcada por el art. 7 del RD 926/2020 y afirma seguir las orientaciones de la Organización Mundial de la Salud reputándolas proporcionadas, necesarias y justificadas en razón a la evolución de los indicadores epidemiológicos»*, concluyendo además que la parte no ofrece un principio de prueba que permita resolver en otro sentido.

Finalmente traer a colación, ya en el ámbito de la Comunidad de Madrid, el Auto del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2021, recurso n.º 93/2021.

El objeto de recurso venía constituido por el Decreto 22/2021, de 12 de marzo, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, por el que se establecen medidas temporales para hacer frente a la COVID-19, en aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre. En concreto, se establecían limitaciones de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno, limitaciones de la permanencia de grupos de personas en espacios privados y limitaciones de la movilidad territorial con motivo del puente de San José y de la Semana Santa de 2021.

Una vez más se instó justicia cautelarísima, que fue rechazada por Auto de 18 de marzo de 2021, con fundamento en que el Decreto impugnado se publicó el día 13 de marzo y no fue hasta el día 17 de marzo cuando se formuló judicialmente la solicitud, por lo que, en línea con la apuntada diligencia que debe tener la parte recurrente a la hora de interponer el recurso, se concluye que *«No es congruente esa demora con la pretensión de que resolvamos inaudita parte»*.

La tramitación ordinaria terminó igualmente con el rechazo de la suspensión. La petición se basaba en el supuesto perjuicio irreparable en los derechos fundamentales de millones de personas y en la *«paradójica e irrazonable discriminación entre los ciudadanos madrileños [...] en contraste con quien accede al territorio nacional»*. El Alto Tribunal afirma que *“situados en la necesidad de discernir si deben prevalecer cautelarmente unas medidas reputadas más exigentes frente a otras consideradas menos intensas, siendo notoria la persistencia de la pandemia y habiendo tenido por acreditado la Sala —sentencias n.º 171/2021, de 10 de febrero, recurso n.º 99/2020) y n.º 324/2021, de 9 de marzo, (recurso n.º 147/2020)— que uno de los factores que favorecen la difusión de la enfermedad es el contacto interpersonal que facilitan los desplazamientos, a falta de otros argumentos, es razonable optar ahora por la solución que expresa mayor prudencia, tal como nos pide la Letrada de la Comunidad Autónoma de Madrid»*, recordando finalmente su sólida postura en cuanto a que la suspensión de disposiciones de carácter general viene limitada a aquellos casos en que a simple vista, *ictu oculi*, se advierta que la actuación recurrida es contraria al ordenamiento jurídico.



VI. Tras el levantamiento del estado de alarma (prorrogado por Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre) con fecha 9 de mayo de 2020, se aprecia un cierto desgaste derivado del ingente proceso normativo. Esto se ha traducido en que, en la tramitación de las piezas de medidas cautelares, haya perdido cierto protagonismo la preponderante protección de la salud que hasta entonces había sido imperante.

En este punto es imprescindible la mención (aunque habíamos limitado nuestro análisis a los pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid) al Auto de la Audiencia Nacional de 7 de junio de 2021, recurso n.º 1659/2021.

El recurso contencioso-administrativo tenía por objeto la Orden Comunicada de la Ministra de Sanidad, de 4 de junio de 2021, mediante la que se aprobaba la declaración de actuaciones coordinadas frente a la COVID-19, dictada como consecuencia del Acuerdo de 2 de junio de 2021 del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con la oposición expresa, entre otras, de la Comunidad de Madrid. Si bien se pretendía la íntegra anulación de la Orden Comunicada, por el Letrado de la Comunidad de Madrid se solicitó medida cautelarísima *inaudita parte* en relación con la suspensión de las medidas que se consideraba que causaban un daño inmediato, irreparable e insubsanable, y que de seguir vigentes harían perder al recurso su finalidad. Tales medidas se referían a las limitaciones en relación con los locales de ocio nocturno y discotecas, hostelería y restauración, y eventos y actividades multitudinarias no ordinarias.

La especial urgencia se justificó en que la necesidad de cumplimiento inmediato de la Orden Comunicada determinaba implementar una serie de medidas que, de facto, derogaban, sin motivo alguno, las ya existentes en el ámbito de la Comunidad de Madrid, generando una severa inseguridad jurídica. En efecto, ya se había dictado en el ámbito autonómico la Orden 572/2021, de 7 de mayo, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, la cual ya disponía todas las medidas que debían regir tras el levantamiento del estado de alarma para la actividad de hostelería y restauración, para las discotecas y los locales de ocio nocturno, y también para las actividades en recintos.

Habiéndose revelado las medidas autonómicas adoptadas como eficaces e idóneas, permitiendo la mejora de la situación epidemiológica incluso la flexibilización de algunas de aquellas medidas, no existía motivación alguna en la adopción de la

Orden Comunicada. Hay que tener en cuenta que no es hasta un mes después del levantamiento del estado de alarma cuando se articularon las nuevas medidas por el Ministerio, sin que hubiera un empeoramiento en los datos epidemiológicos que justificaran una intervención más rigurosa (todo lo contrario, como decimos).

Ponderando la concurrencia de dos intereses públicos en conflicto, Administración del Estado y Comunidad de Madrid, en atención a la arbitrariedad y el grave impacto económico que se presentaba, la Sala declara que es más necesitado de protección cautelar urgente el interés autonómico. Se resuelve así que:

«Si no se adoptara ahora la medida cautelarísima, y se esperase a la adopción de una medida tras la tramitación ordinaria de la pieza separada de medidas cautelares, el escenario de incertidumbre se vería seriamente agravado y perjudicado si se admite un cambio en el nivel de restricciones. Se generarían así tres niveles distintos de restricción en un lapso temporal breve, lo que no es fácilmente justificable para el ciudadano, destinatario último de la protección pública ínsita en la discusión que nos ocupa.»

En todo caso, nos parece que la seguridad jurídica, en este caso, concentra un interés público especialmente intenso, de tal suerte que su protección momentánea revela un interés cualificado, que denota la urgencia y necesidad de la medida cautelarísima y la justifica.»

Cabe añadir finalmente que no fue necesaria siquiera la tramitación ordinaria de la suspensión pues, a raíz del Auto, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en su reunión de 9 de junio, aprobó nuevo Acuerdo sobre la modificación de la declaración de actuaciones coordinadas de 2 de junio, dictándose una nueva Orden Comunicada de la Ministra de Sanidad, a través de la cual pasaban a formularse recomendaciones en vez de medidas de obligado cumplimiento. Esto determinó, en última instancia, el desistimiento del proceso por parte de la Comunidad de Madrid, lo cual vuelve a poner de manifiesto el carácter absolutamente trascendental de la pieza de medidas cautelares durante la pandemia, al dispensarse en su seno una tutela judicial inmediata y que, en muchas ocasiones como la analizada, se ha revelado decisiva.

4. Algunas consideraciones adicionales

I. Nos gustaría terminar exponiendo un par de casos particulares que se han producido en el marco de pandemia y confinamiento en que nos hemos movido.



Por un lado, han sido frecuentes las solicitudes de suspensión de autos concediendo autorizaciones de entrada en domicilio por la vía, totalmente incorrecta a nuestro juicio, de las medidas cautelares.

Decimos que esa vía es totalmente incorrecta en la medida en que, habiéndose solicitado por la Comunidad de Madrid autorización para la entrada en domicilio (por mor del artículo 8.6 de la LJCA) y recuperar así viviendas públicas ocupadas ilegalmente, una vez dictado auto autorizando la entrada, la LJCA no prevé la posibilidad de que se suspendan sus efectos.

En este sentido, es el artículo 80 de la LJCA el que contempla el régimen de impugnación de los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, siendo lo fundamental del precepto que el recurso de apelación cabe «*en un solo efecto*», es decir, es devolutivo y sin efectos suspensivos. Básicamente, cabe la apelación, pero no tiene efectos suspensivos sobre el auto autorizando la entrada.

Podemos citar por todos el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de abril de 2021, recurso n.º 610/2021, en el que, con total acierto, apunta la Sala a que lo correcto es pedir la suspensión de la ejecución de lo resuelto al amparo del artículo 84 de la LJCA, pero no medida cautelar de suspensión que se adopta en relación con actuaciones administrativas.

Despejado el camino en cuanto al fondo, la suspensión de los desalojos se ha solicitado por los ocupantes ilegales y se ha adoptado por ciertos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo con base en el artículo 1.bis, introducido por el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, en el precedente Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

El citado artículo 1.bis comienza disponiendo que «*1. Desde la entrada en vigor del presente real decreto-ley y hasta la finalización del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, prorrogado por Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, en todos los juicios verbales en los que se sustancien las demandas a las que se refieren los apartados 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el Juez tendrá la facultad de suspender el lanzamiento hasta la finalización del estado de alarma*».

Parece fuera de toda duda que no estamos en el ámbito de un juicio verbal, sino que lo que se ventila es una autorización judicial de entrada en domicilio ante la

jurisdicción contencioso-administrativa para ejecutar un acto administrativo de recuperación posesoria de un inmueble de titularidad pública ocupado ilegalmente.

Esta interpretación, literal por lo demás, ya se desprendía del artículo 1 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, que como decimos ha venido a modificar el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre.

En efecto, de acuerdo con la redacción original del artículo 1, la suspensión no estaba prevista para casos como el que nos ocupa, sino para *«la tramitación del procedimiento de desahucio regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, derivado de contratos de arrendamiento de vivienda sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos»*. La nueva redacción del artículo 1 insiste en esa idea, al referirse a *«juicios verbales que versen sobre reclamaciones de renta o cantidades debidas por el arrendatario, o la expiración del plazo de duración de contratos suscritos conforme a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos»*.

En pocas palabras, no se ha plasmado en la normativa expuesta que proceda ningún tipo de suspensión en los casos en que se solicite autorización de entrada en domicilio ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y sin que resulte de aplicación supletoria la LEC pues no estamos manejando aspectos procesales sino sustantivos.

A mayor abundamiento, el artículo 5 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, al que remite el artículo 1.bis.2 como presupuesto habilitante para acceder a la suspensión del lanzamiento, habla de *«renta arrendaticia»*. Tampoco se acreditaba en muchos casos, como exige el artículo 1.bis.3, la situación de vulnerabilidad *«mediante la presentación de los documentos previstos en el artículo 6.1.»*, debiendo notarse como el artículo 6.1 vuelve a hablar de *«persona arrendataria»*.

Refuerza esta interpretación la modificación introducida por el Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, en el repetido Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo.

Efectivamente, lo destacable de esta última modificación es que introduce la mención a los procedimientos penales, por lo que *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Hay que concluir que, al seguir sin hacer mención a casos en los que se solicita ante la jurisdicción contencioso-administrativa una solicitud de entrada en domicilio, no procede suspensión de ningún tipo ante la ocupación ilegal constatada en vía administrativa y confirmada por el auto autorizando la entrada.



Cabe hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de julio de 2021, recurso n.º 610/2021, que comparte lo expuesto al decir que *«También ha de aclararse, que la situación de crisis sanitaria generada por el COVID 19 y las normas que cita la recurrente generadas por dicha crisis no son aplicables al supuesto que nos ocupa sino a los desahucios verbales civiles que regula, por lo que tampoco es atendible esta queja de la recurrente»*.

Además, hay que tener en cuenta que, si bien el estado de alarma ha finalizado, se dictó el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

El artículo 7 de este último Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, modificó de nuevo el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, prorrogando la suspensión de los desalojos hasta el día 9 de agosto de 2021. Dicha prórroga se extendió hasta el día 31 de octubre de 2021 en virtud de la modificación operada por el Real Decreto-ley 16/2021, de 3 de agosto, por el que se adoptan medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. Y por el Real Decreto-ley 21/2021, de 26 de octubre, se extiende nuevamente la prórroga hasta el día 28 de febrero de 2022. Así las cosas, finalizado el plazo fijado, concurre otro ejemplo de actuaciones que quedan vacías de contenido por el propio paso del tiempo.

II. Por otro lado, se han producido casos en los que se recurrían precintos de locales por incumplimiento de las medidas sanitarias establecidas en la repetida Orden 668/2020, de 19 de junio.

El objeto de estos recursos estaba constituido, exclusivamente, por el precinto del local llevado a cabo por la Policía Local. En este contexto, por la Policía Local se remitían a la Dirección General de Salud Pública actas de intervención y precinto en locales de ocio o restauración, haciendo constar que resulta competencia de la citada Dirección General el levantamiento de la medida de cierre, con fundamento en la Orden 781/2020, de 22 de septiembre, de la Consejería de Justicia, Interior y Víctimas, por la que se establecen medidas de coordinación de las Policías Locales de la Comunidad de Madrid para el efectivo cumplimiento de las medidas sanitarias para la contención del COVID-19.

Dado que los incumplimientos motivo del cierre constituyen infracción en materia sanitaria, y teniendo en cuenta que la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Or-

denación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, únicamente habilita la adopción de medidas de *«clausura o cierre de establecimientos, instalaciones o servicios que no cuenten con las previas autorizaciones o registros sanitarios preceptivos, o la suspensión de su funcionamiento hasta tanto se subsanen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad»* (ex artículo 148.1), se consideraba la improcedencia del mantenimiento de la suspensión de la actividad, puesto que la deficiencia detectada puede ser de subsanación inmediata.

Así las cosas, de proseguir los recursos, tanto en su tramitación principal como en sus piezas separadas, se constata que no existe actuación administrativa de la Comunidad de Madrid susceptible de impugnación, lo que determinaría, en una primera aproximación la carencia sobrevenida de objeto que hemos expuesto, y en última instancia una eventual inadmisión por falta de actividad administrativa impugnable.

Para terminar, debe apuntarse que, aunque no se proceda al mantenimiento de la suspensión de la actividad, ello no es óbice para la incoación del oportuno expediente sancionador por incumplimiento de la normativa.

En este sentido, como ejemplo de las dimensiones de la pandemia en todos los ámbitos (si es que hiciera falta poner algún ejemplo más), se han tenido que articular contratos administrativos para hacer frente a la tramitación de procedimientos. Así, puede destacarse la Orden de 22 de marzo de 2021, del Consejero de Sanidad, por la que se ordena la tramitación y se adjudica la ejecución, con carácter de emergencia, del contrato de servicios denominado «Servicio de colaboración y asistencia técnica para el apoyo en la gestión de la tramitación de denuncias y procedimientos sancionadores por incumplimiento de la normativa sanitaria para la prevención de la propagación del COVID-19».

Ni que decir tiene que esos procedimientos administrativos llegarán, en mayor o menor medida, a la jurisdicción contencioso-administrativa, con peticiones de suspensión de muchos casos.

5. Resumen final

La gravedad de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 ha puesto de manifiesto las carencias de nuestra legislación ordinaria para hacer frente a los riesgos de transmisión descontrolada de la enfermedad, habiendo sido necesario que las diferentes Administraciones Públicas adopten una multiplicidad de medidas preventivas, de contención y de control, que han dado lugar a una gran litigiosidad ante el



orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En el curso de los innumerables recursos contencioso-administrativos que se han interpuesto contra actos y disposiciones dictados en esta materia, ha sido muy frecuente, por parte de los recurrentes, solicitar medidas cautelarísimas o cautelares, al objeto de lograr la inmediata suspensión de la ejecutividad de las resoluciones administrativas que, en muchas ocasiones resultaban drásticas e impactantes, al provocar una incidencia, hasta ahora desconocida, sobre la esfera de los derechos individuales y colectivos, en aras a salvaguardar la salud pública.

Dada la eficacia temporal de gran parte de estas medidas, constantemente variables en función de la evolución de la situación epidemiológica, la resolución de la solicitud de medida cautelar ha resultado la clave de muchos procedimientos, convirtiéndose en muchas ocasiones en el auténtico objeto del recurso contencioso-administrativo al dispensarse a través del auto resolutorio de la pieza una tutela suficiente para privar o confirmar la eficacia de las medidas durante el tiempo para el que las mismas habían nacido.

A su vez, como ha quedado expuesto a través del examen de los concretos autos, muchas de las medidas de contención sanitaria estaban presididas por su carácter general, teniendo como destinatarios a una pluralidad indeterminada de personas. Si unimos a todas estas circunstancias la brevedad de los plazos que la LJCA prevé para la tramitación de la pieza de medidas cautelares y que da lugar a que en escasos días se obtenga una resolución que suspenda o confirme su ejecutividad, resulta fácilmente comprensible la enorme repercusión social y mediática experimentada en torno a los autos dictados en esta materia. Y es precisamente el carácter expeditivo, tanto de las medidas cautelares como de los procedimientos de autorización o ratificación judicial de las medidas sanitarias que suponen limitación o restricción de derechos fundamentales, el que ha contribuido a haber suministrado durante la pandemia, una inédita, a la par que merecida, visibilidad de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, así como a los profesionales del mundo del derecho que desempeñan sus funciones ante la misma.