Roj: **STS 3024/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3024**

Id Cendoj: **28079130042020100227**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **4**
Fecha: **08/10/2020**
Nº de Recurso: **91/2020**
Nº de Resolución: **1271/2020**
Procedimiento: **Recurso ordinario**
Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

REC.ORDINARIO(c/d)/91/2020

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.271/2020

Fecha de sentencia: 08/10/2020

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)

Número del procedimiento: 91/2020 Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/09/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por: MTP Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 91/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Cuarta

Sentencia núm. 1271/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. Celsa Pico Lorenzo

Dª. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 8 de octubre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo n.º 91/2020 interpuesto, por el procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM), representada por la procuradora doña Teresa de Jesús Castro Rodríguez y defendida por la letrada doña Aránzazu Albesa Pérez, contra la inactividad del Ministerio de Sanidad en lo referente al incumplimiento del artículo 12.4 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.

Ha sido parte demandada la Administración, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha comparecido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito de 26 de marzo de 2020, registrado el día 30, la procuradora doña Teresa de Jesús Castro Rodríguez, en nombre y representación de la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM), asistida por la letrada doña Aránzazu Albesa Pérez, ha interpuesto, por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales recurso contencioso-administrativo contra «la inactividad del Ministerio de Sanidad en lo referente al incumplimiento del art. 12.4 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 por el COVID-19 (B.O.E. nº 67 de 14 de marzo de 2020) al entender vulnerado el derecho fundamental a la integridad física consagrado en el artículo 15 CE y acuerde la tramitación del mismo por todos sus trámites».

Por otrosí digo instó la adopción de la medida cautelarísima del artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción, por razones de urgencia vital para los profesionales y ciudadanos, a fin de que se requiera al Ministerio de Sanidad,

«en cumplimiento de las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y de lo establecido en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, se provea con carácter urgente e inmediato, en todos los Centros hospitalarios, Centros asistenciales de Atención Primaria, Servicios de Emergencias, Servicios de Asistencial Rural, centros con pacientes institucionalizados así como todos los demás centros asistenciales del territorio nacional ya sean públicos o privados y cualesquiera otras dependencias habilitadas para uso sanitario, BATAS IMPERMEABLES, MASCARILLAS FPP2, FPP3, GAFAS DE PROTECCIÓN, CALZAS ESPECÍFICAS y CONTENEDORES GRANDES DE RESIDUOS, siguiendo las recomendaciones de la OMS y los protocolos de protección del propio Ministerio de Sanidad».

Por auto de 31 de marzo se denegó la medida solicitada conforme al artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción y se acordó abrir la pieza ordinaria de medidas cautelares.

Y por otro auto de 20 de abril de 2020 se dispuso

«(1.º) Adoptar las medidas cautelares siguientes:

(a) 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.

(b) Requerir al Ministerio de Sanidad para que informe quincenalmente a la Sala 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.

(2.º) No hacer imposición de costas».

SEGUNDO.- Interpuesto el recurso, se tuvo por personado al Abogado del Estado, en nombre y representación de la Administración demandada y se requirió al Ministerio de Sanidad la remisión del expediente administrativo y que practicara los emplazamientos previstos por el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción. Verificado, se puso de manifiesto el mismo y demás actuaciones practicadas a la representante procesal de la parte actora para que formalizara la demanda.

TERCERO.- Evacuando el trámite conferido, la procuradora Sra. Castro Rodríguez, en representación de la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM), formuló demanda por escrito de 23 de abril de 2020, en el que, después de exponer los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, suplicó a la Sala que, previos los trámites oportunos, dicte Sentencia declarando:

«El incumplimiento por parte de la Administración General del Estado, y más concretamente por el Ministerio de Sanidad, de las obligaciones al mismo exigibles, conforme a lo establecido en el art 12.4 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 por el Covid-19, al no haberse adoptado medidas inmediatas y eficaces para proveer del material necesario para proteger a los profesionales sanitarios.

Que el citado incumplimiento está causando una lesión en los derechos fundamentales de los profesionales afectados, generando un extraordinario riesgo para su vida e integridad física y moral.

Como consecuencia de lo anterior, requiera a la administración demandada:

- A que, de forma inmediata, cese la inactividad del Ministerio de Sanidad en lo referente al incumplimiento del art 12.4 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 por el Covid- 19, con la finalidad de preservar el derecho fundamental a la vida y a la integridad física del artículo 15 CE.

- A que el Ministerio de Sanidad adopte todas las medidas necesarias para que tenga lugar la dotación a los profesionales sanitarios de las medidas de protección que, desde el punto de vista científico, son las necesarias para preservar el derecho a la integridad física de los mismos y que, al menos, deben consistir en BATAS IMPERMEABLES, MASCARILLAS FPP2, FPP3, GAFAS DE PROTECCIÓN, CALZAS ESPECÍFICAS y CONTENEDORES

GRANDES DE RESIDUOS, siguiendo las recomendaciones de la OMS y los protocolos de protección del propio Ministerio de Sanidad, en todos los Centros hospitalarios, Centros asistenciales de Atención Primaria, Servicios de Emergencias, Servicios de Asistencial Rural, centros con pacientes institucionalizados así como todos los demás centros asistenciales del territorio nacional ya sean públicos o privados y cualesquiera otras dependencias habilitadas para uso sanitario; dando cuenta inmediata tanto al tribunal como a la recurrente, mediante informe, de las actuaciones que se vayan realizando».

Por otrosí digo, pidió la condena en costas a la Administración demandada.

CUARTO.- El Abogado del Estado, en virtud del traslado conferido por diligencia de ordenación de 28 de abril de 2020, contestó a la demanda por escrito de 8 de mayo siguiente, en el que interesó la desestimación del recurso.

Por su parte, el Fiscal, en su escrito de alegaciones de 13 de mayo de 2020, interesó:

«1. La inadmisión parcial del recurso contencioso-administrativo o, subsidiariamente, la desestimación parcial de la demanda por lo que se refiere al recurso por inactividad administrativa basado en el artículo 29 LJCA.

2. Que se tengan por formuladas, en los términos concretados en el cuerpo de este escrito, las presentes alegaciones a la demanda respecto de la pretensión de que se declare vulnerado, en los términos y con las consecuencias que pretende la actora, el derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE) del personal sanitario representado por la Confederación de Sindicatos recurrente».

Por otrosí, solicitó el recibimiento a prueba "con el fin de determinar la naturaleza y contenido de la actividad llevada a cabo por la Administración demandada en relación con el cumplimiento de la obligación establecida en el art. 12.4 RD 463/2020" y proponiendo los medios a tal fin.

Y, por segundo otrosí, pidió trámite de conclusiones.

QUINTO.- Acordado el recibimiento a prueba por auto de 28 de mayo de 2020, fue propuesta y practicada con el resultado obrante en autos y, concluso el periodo probatorio, se concedió a las partes el término sucesivo de diez días, a fin de que presentaran sus conclusiones. Trámite evacuado por escritos de 17 y 29 de junio y 2 de julio siguientes, incorporados a los autos.

SEXTO.- Declaradas conclusas las actuaciones, mediante providencia de 10 de julio de 2020 se señaló para la votación y fallo el día 22 de septiembre siguiente y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

SÉPTIMO.- En la fecha acordada, 22 de septiembre de 2020 y en las audiencias del 29 de septiembre y 6 de octubre de 2020, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso.

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *El objeto del recurso contencioso-administrativo* **.**

El presente recurso se interpuso por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos por el procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales el 26 de marzo de 2020 contra la

inactividad del Ministerio de Sanidad en lo referente al incumplimiento del artículo 12.4 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, "por entender vulnerado el derecho fundamental a la integridad física consagrado en el artículo 15 de la Constitución".

Ya en el escrito de interposición se explicaba que la inactividad consistía "en no haber garantizado la Administración la provisión de material de protección según las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y del propio Ministerio de Sanidad a los profesionales sanitarios del conjunto de medidas y elementos necesarios para que puedan realizar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad y no verse contagiados por los pacientes o aumentar el riesgo que los mismos sufren y evitar la propagación de la enfermedad". A juicio de la recurrente, era "un hecho notorio y público que los profesionales del ámbito de la salud pública están prestando servicios sanitarios con muchas dificultades para evitar la propagación de la enfermedad y, el contagio en los propios profesionales, conlleva un claro riesgo no solo para la salud (de) los profesionales sino la de los pacientes, los familiares y en general la ciudadanía, debiendo el Ministerio de Sanidad actuar como garante de la salud e integridad física del personal sanitario, en su condición de titular de los medios para su protección y con ello garante de la salud e integridad física del conjunto de los ciudadanos".

El escrito de interposición identificaba como obligación incumplida, determinante de la inactividad, la prevista en el artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020.

El artículo 12 del Real Decreto 463/2020 establece:

«Artículo 12. Medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional.

1. Todas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza.

2. Sin perjuicio de lo anterior, las administraciones públicas autonómicas y locales mantendrán la gestión, dentro de su ámbito de competencia, de los correspondientes servicios sanitarios, asegurando en todo momento su adecuado funcionamiento. El Ministro de Sanidad se reserva el ejercicio de cuantas facultades resulten necesarias para garantizar la cohesión y equidad en la prestación del referido servicio.

3. En especial, se asegurará la plena disposición de las autoridades civiles responsables del ámbito de salud pública, y de los empleados que presten servicio en el mismo.

4. 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.

5. Las autoridades competentes delegadas ejercerán sus facultades a fin de asegurar que el personal y los centros y establecimientos sanitarios de carácter militar contribuyan a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional.

6. Asimismo, el Ministro de Sanidad podrá ejercer aquellas facultades que resulten necesarias a estos efectos respecto de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad privada».

SEGUNDO .- *La posición de la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos.*

Su demanda comienza exponiendo los que considera hechos relevantes.

En primer lugar, dice que desde la declaración el 30 de enero de 2020 por la Organización Mundial de la Salud de la situación de emergencia de salud pública de importancia internacional se han ido adoptando medidas orientadas a proteger la salud, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. Recuerda, luego, que el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud elevó esa situación a la categoría de pandemia internacional, lo cual obligó a la declaración del estado de alarma. Reproduce entonces los artículos 4, 6, 12 y 13 del Real Decreto 463/2020 y destaca que se produjo un cambio en las competencias autonómicas, centralizándose en las autoridades competentes delegadas, entre ellas el Ministro de Sanidad, si bien ya los Reales Decretos- Leyes 6 y 7/2020, de 10 y 12 de marzo, respectivamente, adoptaron medidas urgentes para responder al impacto económico de la pandemia y para proteger la salud.

Dice, después, que a la fecha, China, Italia y España eran los países más significativos sin perjuicio de la rápida progresión de la enfermedad en Estados Unidos y que al 5 de febrero de 2020 se habían confirmado 26 casos en 8 países europeos, de los cuales 1 en España. Prosigue diciendo que en China desde el 31 de diciembre de 2019 se endurecieron las medidas de detección de enfermos y que a finales de enero y principios de febrero de 2020 se ordenó a la población de las zonas más afectadas (Wuhan, Hunaggang) que se encerrase en sus

viviendas. En la primera semana de marzo de 2020, añade, "tras más de 3.000 muertos, el gobierno chino consideraba que lo peor de la pandemia había pasado". Y el 19 de marzo de 2020, "fue el primer día que no se registró ningún caso entre la población china".

Seguidamente, se refiere a Italia, donde, dice, el brote se manifestó a comienzos de marzo de 2020 de forma más virulenta y el Gobierno extendió el 8 de marzo de 2020 la cuarentena a toda Lombardía y 14 provincias del norte y al día siguiente a todo el país, es decir a sesenta millones de personas. Indica que a 4 de abril de 2020 había 124.632 casos confirmados, 15.362 muertes y 20.996 recuperaciones, mientras que a 23 de abril de 2020 los contagiados eran 187.327 y los fallecidos 24.648.

En este punto se refiere a España, diciendo que la pandemia se había extendido ya a todo el territorio. Recuerda que el primer positivo se diagnosticó el 31 de enero de 2020 en La Gomera y el primer fallecimiento tuvo lugar en Valencia el 13 de febrero de 2020 aunque se conoció veinte días después. Precisa que se declaró y prorrogó el estado de alarma y que se adoptaron múltiples disposiciones para tratar de dar respuesta a la pandemia. Pero el 23 de abril de 2020 eran ya más de 204.178 los casos confirmados, 22.127 los fallecidos y 89.250 los que habían superado la enfermedad.

Destaca que entre el personal sanitario a esa fecha eran 34.355 los contagiados, un 16% del total, aunque el dato no es exacto porque sólo un pequeño porcentaje se sometió a la prueba PCR. Asimismo, resalta la gravedad de la enfermedad y que no puede circunscribirse a grupos concretos de edad o con patologías previas de manera que la exposición a ella tiene la potencialidad de producir un daño grave a la salud del trabajador. Aquí se refiere a los coronavirus que aparecen en el anexo II del Real Decreto 664/1999 en el grupo 2 y dice que esa clasificación fue modificada por la Directiva 2019/1833, de 24 de octubre, que clasifica en el grupo 3 a los coronavirus SARS-COV y MERS-COV. Pues bien, observa que el nuevo virus es semejante al primero y, aunque reconoce que el plazo de trasposición no vence hasta el 20 de noviembre de 2021, afirma que no puede entenderse como autorización a las empresas para poner en riesgo la salud y la vida de los trabajadores.

Prosigue, indicando que los Reales Decretos-Leyes 6 y 7/2020 claramente acreditan que se trataba de una emergencia de salud pública de importancia internacional y que, al aparecer los primeros casos en España, era preciso adoptar medidas de protección social de los trabajadores que causaran baja por enfermedad y garantizar el abastecimiento del material necesario en el Sistema Nacional de Salud pues, ya en enero de 2020, había "una situación delicada de abastecimiento" lo que suponía que "la habilitación concedida al Estado para (...) el suministro del material fuera total". Además, del Real Decreto 7/2020 destaca que acordó un fondo de contingencia de 1.000 millones de euros para medidas de refuerzo en el ámbito sanitario y que dispuso la modificación del artículo 94.3 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, para intervenir su precio cuando y mientras exista una situación excepcional. Todo ello le lleva a decir que "por tanto, ya se conocía el peligro y no era necesaria la declaración de pandemia por la OMS para justificar el estado de alarma".

Se hace eco, seguidamente, del Informe de 23 de marzo de 2020 del Comité de Bioética de España según el cual "debía priorizarse el reforzamiento del Sistema de Salud y en especial de sus profesionales al estar en juego --en estos momentos excepcionales-- la vida y salud de infinidad de personas". En el mismo sentido, cita el Informe sobre Acciones de la UE sobre el Corona Virus (COVID-19), del Consejo General de Colegios de Médicos de España, y pasa a relacionar los equipos de protección y el material que debía ser suministrado adecuadamente a todos los profesionales sanitarios ante cualquier paciente con síntomas respiratorios: batas, mascarillas de diversas clases, guantes, gafas o protectores faciales, equipos de protección respiratoria.

También se refiere al material necesario según el documento de los Ministerios de Sanidad y de Trabajo y Economía Social "Procedimiento de actuación para los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la exposición al coronavirus (SARS-CoV.2)", de 26 de marzo de 2020, revisado el 8 de abril. Y al documento puesto al día el 17 de abril de 2020 "Información científico-técnica. Enfermedad por coronavirus COVID-19", del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias del Ministerio de Sanidad, en el que se reconoce que el desconocimiento de la transmisión de la enfermedad a partir de casos asintomáticos pudo generar contagios entre sanitarios indebidamente protegidos.

Subraya que el Ministerio de Sanidad compró material deficiente y defectuoso que obligó a aislar a cientos de sanitarios y que en la actualidad nos encontramos con miles de fallecidos y cientos de contagiados diarios a pesar del ímprobo y abnegado esfuerzo de los profesionales sanitarios en unas condiciones lamentables que pueden poner en riesgo su salud y la de quienes les rodean o entran en contacto con ellos. Tiene por "hecho notorio y conocido" que "el Ministerio de Sanidad es incapaz de abastecerse y por ende de dotar a los profesionales de los EPIS necesarios (...), lo que evidencia un claro incumplimiento de las obligaciones exigibles", teniendo en cuenta que, al menos, desde el 30 de enero de 2020 conocía la situación y que "ha tardado más de tres meses en adoptar medidas de abastecimiento". "Las primeras medidas --dice-- se toman

el 10 de abril de 2020" y se recurre a una empresa china, siendo la mayor parte de las compras de mascarillas quirúrgicas, las cuales reconoce el Ministerio de Sanidad que no ofrecen protección suficiente al personal sanitario.

Además, el Ministerio de Sanidad y la Administración General del Estado no han desarrollado, afirma, la actividad necesaria para cumplir el artículo 12.4 del Real Decreto 563/2020: "no ha habido coordinación sino instinto de "supervivencia" gracias a las gestiones de las Comunidades Autónomas y las donaciones de empresas privadas y particulares". Considera que, incluso, de la documentación aportada por el Abogado del Estado en la pieza cautelar resulta "más de una evidencia (...) de que efectivamente se incurrió en claro incumplimiento de las obligaciones asumidas". Es "notorio y público", prosigue, que los profesionales del ámbito de la salud pública están prestando servicios sanitarios con muchas dificultades debido a la falta de medios de protección, mientras que ve como "hecho negativo de prueba diabólica acreditar, uno por uno, en qué centros no se dispone de medios o (...) de algunos (...), en especial si se tiene en cuenta la cambiante realidad dado que puede suceder que su identificación haya variado".

Completa la demanda esta exposición de los que considera "Hechos", indicando que no puede alegar desconocimiento la Administración porque ha tenido conocimiento de las obligaciones que le requerían las Comunidades Autónomas y que al Ministerio de Sanidad le comunicaban las resoluciones judiciales cautelares adoptadas en el ámbito de la prevención de riesgos laborales --que relaciona-- y de requerimientos de la Inspección de Trabajo.

Ya en los fundamentos de Derecho nos dice que "no puede alegarse (...) la falta del requisito de procedibilidad establecido en el artículo 29 LJCA puesto que el requerimiento previo no es preceptivo en este caso". No se exige, explica, en otros ordenamientos, como el alemán y dice que, habiendo superado la Ley de la Jurisdicción el concepto de Jurisdicción revisora, "carece de todo sentido" y va contra la tutela judicial que "se mantengan parcelas de impunidad administrativa (...) y se impidiera la actuación judicial en situaciones urgentes". Es, en definitiva, añade, un presupuesto procesal no necesario que no casa con la sistemática general de la impugnabilidad. Aquí cita la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 83/2016 en el punto en que se refiere al principio *pro actione* en el acceso a la jurisdicción y sostiene que del artículo 115 de la Ley reguladora, por el carácter extraordinario del recurso, "tampoco parece deducirse" la "existencia de requerimiento previo".

Seguidamente, dice que a la hora de analizar el artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020 no es exigible el requerimiento en cuestión ya que el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción exige (i) la obligación de la Administración de realizar una prestación, entendida en el sentido civil; (ii) no debe precisar la disposición general que obliga a la Administración de actos de aplicación; (iii) la obligación ha de tener un contenido prestacional concreto y determinado;

(iv) lo inejecutado ha de ser un derecho del recurrente; (v) no cabe recurso contencioso-administrativo cuando la Administración tiene margen de apreciación. Ni uno de estos requisitos, afirma, se cumple aquí para exigir dicho requerimiento.

Finalmente, identifica los derechos fundamentales lesionados por la inactividad contra la que se dirige: los reconocidos en el artículo 15 de la Constitución en relación con sus artículos 43.1 y 40.2, observa que España ocupa, tras Bélgica, el segundo puesto en número de fallecidos por millón de habitantes y el que tiene el mayor porcentaje de profesionales sanitarios contagiados.

Por todo ello, pide que declaremos el incumplimiento por la Administración General del Estado y, en particular, por el Ministerio de Sanidad, de las obligaciones que le impone el artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020 "por no haber adoptado medidas inmediatas y eficaces" para proveer del material necesario para proteger a los profesionales sanitarios y que así ha lesionado sus derechos fundamentales "generando un extraordinario riesgo para su vida e integridad". Y que requiramos a la Administración para que "cese la inactividad" denunciada y para que el Ministerio de Sanidad adopte todas las medidas necesarias para que tenga lugar la dotación de los profesionales sanitarios de las medidas de protección que desde el punto de vista científico son necesarias para preservar la integridad física de los mismos, con los medios que relaciona y hemos hecho constar en el antecedente tercero.

Y en sus conclusiones la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos prosigue la relación cronológica de la demanda y la completa con documentos e informaciones producidos en fechas posteriores a la misma. Da por notorios los hechos publicados en los medios de comunicación, sostiene que el Gobierno conocía desde principios de febrero el enorme riesgo que representa el coronavirus y tienen por acreditado que infravaloró sus altas contagiosidad y letalidad y que actuó tarde, sin implementar las advertencias de la Unión Europea. Además, afirma: "si la pandemia era previsible y conocida desde el mes de enero, lo previsible es evitable". Reitera que España sigue siendo el país del mundo con mayor número de contagios entre su personal sanitario, que son más de 51.000 los profesionales de la salud afectados por el COVID- 19 y 76 los fallecidos y que ha

influido en ello la escasez o deficiente calidad de los equipos de protección y la falta de test diagnósticos, todo lo cual, dice, es responsabilidad del Ministerio de Sanidad, que claramente ha incumplido las obligaciones asumidas.

TERCERO.- *La posición del Abogado del Estado.*

Impugna, en primer lugar, la valoración que de los hechos hace la demanda. Después, apunta el error que atribuye a la recurrente de decir al interponer el recurso que lo dirige contra un acto cuando lo que impugna es la inactividad del Ministerio de Sanidad, su supuesta dejación de funciones. Cree el Abogado del Estado que éste no es solamente un error formal.

Pasa entonces a explicar el régimen jurídico de la impugnación de la inactividad administrativa. Recuerda lo que dice al respecto la exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción y dice que se está combatiendo una ausencia de actuación material, no un acto. Se fija, a continuación, en el artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020 y en las determinaciones de los apartados 1 a 3 de ese precepto y concluye que su apartado 4 no incorpora un contenido prestacional concreto y determinado y que de él sólo se infiere la supremacía del Ministro de Sanidad, pero sin que se paralice la competencia en materia de gestión de los servicios sanitarios de las Comunidades Autónomas y entidades locales. En el artículo 12.4, resalta, en vez de un contenido prestacional concreto, hay "un compromiso u obligación de desarrollar la actuación necesaria para garantizar la posibilidad de la mejor distribución de recursos técnicos y humanos (...) atendiendo a las necesidades que se vayan poniendo de manifiesto". Es, pues, un comportamiento dinámico o circunstancial el que contempla.

En el proceso de derechos fundamentales, continúa el Abogado del Estado, el recurso contra la inactividad queda acotado a determinar si hubo una omisión antijurídica, o sea, una dejación de las funciones encomendadas por el artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020 de la que se infiera una lesión del derecho fundamental a la vida y a la integridad física de la parte recurrente. Llama la atención la contestación a la demanda sobre este extremo: no se trata con este tipo de recurso de enjuiciar si las actuaciones desarrolladas fueron adecuadas ni si se pudieron emprender otras, tampoco de sustituir o complementar el control parlamentario. Se dirige a establecer si ha habido dejación de funciones antijurídica por parte de la Administración en el cumplimiento del artículo 12.4 y si produjo lesión del derecho fundamental reconocido por el artículo 15 de la Constitución.

Sentadas estas premisas, el Abogado del Estado se refiere a la falta de reclamación previa exigida por el artículo 29.1 de la Ley de la Jurisdicción y a la que se refiere también su artículo 46. Explica que de su artículo 115 no resulta que sea innecesaria en el proceso especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, sino todo lo contrario, tal como se aprecia en el segundo inciso de su apartado 1. La única diferencia con el recurso ordinario –apunta– es que acorta el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo. Y así lo confirma, añade, el artículo 136. Niega, seguidamente, que la reclamación sea inconciliable con la urgencia pues los plazos del proceso especial y la posibilidad de pedir medidas precautelares garantizan el examen urgente de las pretensiones. Tampoco ve que la exigencia de esa reclamación previa sea absurda o carezca de lógica. La misma exposición de motivos indica que sirve para dar a la Administración la posibilidad de actuar y evitar un conflicto jurisdiccional. Sencillamente, termina en este argumento la contestación a la demanda, "la parte recurrente no ha hecho uso de la reclamación previa (...) porque no ha querido". Por tanto, no puede alegar indefensión cuando la misma trae causa de un acto propio y procede inadmitir o, subsidiariamente, desestimar este recurso.

A continuación, el Abogado del Estado afirma que la Administración ha desarrollado y desarrolla una actuación continua y diligente adaptándose a las cambiantes circunstancias de la crisis sanitaria, por lo que no ha habido omisión antijurídica e insiste en que no se juzga si se podía haber hecho de otra manera o con mejores resultados. A pesar de que los considera hechos notorios, reseña la actividad desplegada por la Administración para procurar medios técnicos y personales para combatir la pandemia: menciona dieciocho disposiciones normativas y una serie de actuaciones administrativas, todas las cuales acreditan que no ha existido omisión reprochable jurídicamente. Hay, reitera, prueba cumplida de actividad continua, incesante y diligente que enerva la acción de inactividad.

Por último, la contestación a la demanda sostiene que, sin discutir hechos notorios como lo son los relativos al compromiso de los profesionales de la sanidad y su trabajo denodado para combatir la COVID-19, ni la situación crítica que han tenido que afrontar, por lo cual expresa el Abogado del Estado respeto y reconocimiento, señala que no es este el análisis a realizar. La cuestión relevante es que no ha existido omisión o inactividad jurídicamente reprochable respecto de la actividad exigida por el artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020 y, por tanto, no cabe hablar de lesión del derecho fundamental invocado por la demanda. Reitera que este precepto fija un estándar genérico de actuación, no contiene prescripciones concretas y específicas, precisamente porque el escenario de incertidumbre traído por la pandemia requiere una actuación continua

y cambiante. Y que en este proceso no cabe analizar si el proceder a seguir debió ser otro, pues no cabe seguir el cauce del artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción cuando la Administración dispone de un margen de apreciación, tal como dicen las sentencias de esta Sala de 16 de septiembre de 2013 (casación n.º 3088/2012), 18 de noviembre de 2011 (casación n.º 1920/2006) y 14 de diciembre de 2007 (casación n.º 7081/2004).

Pues bien, concluye, el artículo 12.4 ofrece un margen razonable de apreciación y, en su virtud, se ha desarrollado una actividad continua, traducida en la aprobación de las disposiciones generales y en las actuaciones que ha reseñado, con las cuales se ha concretado el contenido prestacional de ese precepto. Todo ello, advierte el Abogado del Estado, sin perjuicio de recordar que las Comunidades Autónomas siguen teniendo la competencia de garantizar el adecuado funcionamiento de los servicios de acuerdo con el artículo 12.3 del Real Decreto 463/2020, por ser la Administración competente en materia sanitaria con facultades de gestión reconocidas por dicho Real Decreto.

En sus conclusiones, reitera sus argumentos sobre la inactividad y sobre la inexistencia de los presupuestos legales para impugnarla. Afirma, además, que no es objeto de debate la actuación previa a la vigencia del artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020 y reprocha a las conclusiones de la recurrente prescindir del pleito y de la acción ejercitada y emprender una crítica genérica al Ministerio de Sanidad y, por extensión, al Gobierno. Asimismo, insiste en que el Ministerio ha desarrollado una actividad continua e incesante para cumplir ese precepto y se refiere a las circunstancias mundiales de la crisis sanitaria del COVID-19 para situar en su contexto este litigio antes de terminar afirmando que no ha existido dejación de funciones reprochable jurídicamente ni inactividad lesiva del derecho fundamental del artículo 15 de la Constitución.

CUARTO.- *Las alegaciones del Ministerio Fiscal.*

Los razonamientos del Ministerio Fiscal, a la vista del suplico de la demanda, parten de la necesidad de determinar la naturaleza de la acción ejercitada y cuál es el objeto del proceso. A tal fin, se refieren, en primer lugar, al recurso por inactividad de la Administración ya que la recurrente se apoya en el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción e invoca el incumplimiento del artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020. Pues bien, dice el Ministerio Fiscal que el propio desarrollo que hacen los fundamentos de la demanda "pone en evidencia (...) su inviabilidad jurídico-procesal". Es decir, "la evidente inidoneidad de la fórmula procesal articulada para el objetivo procesal que manifiesta perseguir".

Destaca, a continuación, el incumplimiento de los presupuestos y requisitos del artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción tal como los viene interpretando la jurisprudencia, de la que cita las sentencias de 2 de julio de 2009 (casación n.º 1477/2005), 12 de diciembre de 2011 (casación n.º 2689/2008), 16 de septiembre de 2013 (casación n.º 3088/2012) y 8 de enero de 2010 (casación n.º 7097/2010). En efecto, recuerda que la recurrente no hizo la reclamación previa requerida por el artículo 29 y destaca que, si bien la demanda afirma que no es preceptiva, omite la más mínima explicación que permita apreciar por qué no sería preceptivo ese requisito ni entiende que lo afirmado por la recurrente al respecto sirva "como posible fundamento de la derogación singular *ad casum* de una norma jurídica en vigor, o como excepción no contemplada --sino reiteradamente excluida-- por la jurisprudencia que la interpreta". Además, destaca que la argumentación de la demanda es "incapaz de eludir la obviedad que la propia actora termina proclamando expresamente, al examinar el art. 12.4 (...): "ni uno solo de los requisitos establecidos se cumple en el presente caso para exigir dicho requerimiento"".

Precisa el Ministerio Fiscal que este artículo 12.4, cuando habla de la "mejor distribución", incorpora un cierto margen de apreciación y que la cadencia operativa del procedimiento por inactividad --que contempla la solicitud a la Administración, la inacción de ésta, el transcurso de un plazo-- "resulta escasamente incardinable en la realidad perentoria y dinámica (...) generada por la epidemia de la COVID-19". Y subraya que "era y es patente la falta de encaje (...) del procedimiento (...) regulado en el art. 29.1 LJCA a los efectos que, en el marco de este concreto proceso, pretende alcanzar la demandante". Termina estas consideraciones iniciales diciendo que "si la acción ejercitada (...), o el modo en que la plantea, no se ajusta a las exigencias que la ley impone, la demanda no puede ser admitida, o en su caso ha de ser desestimada".

Observa, después, que son dos las pretensiones hechas valer por la recurrente: una declarativa de que el incumplimiento denunciado está lesionando los derechos fundamentales de los profesionales sanitarios y otra consistente en el requerimiento de todas las medidas para dotarles de medios de protección. A propósito de ellas, recuerda que ha habido ocasiones en las que, no necesariamente en virtud de la inactividad del artículo 29, la Sala ha apreciado la insuficiencia, falta de eficiencia o pasividad de la Administración que se ha traducido en lesión de un derecho fundamental. Por eso, manifestando su acuerdo con la demanda en lo relativo al contenido del derecho fundamental a la integridad física de los profesionales sanitarios, dice que estas consideraciones abren la vía procesal a la posible estimación en todo o en parte de las pretensiones de la recurrente.

No obstante, precisa que la imputación a la Administración de la lesión de derechos fundamentales exige, además de la acreditación de su afectación, "la evidencia de su conexión causal con la conducta administrativa sobre la que se proyecta el recurso", pues no se puede atribuir a la Administración "una especial posición de garante absoluto". Y todavía aclara que sólo podría acogerse la pretensión de la demanda si se acreditara en términos de causa- efecto el incumplimiento del artículo 12.4, "sea por mera inactividad (omisión), actividad insuficiente, desidia, actuación defectuosa o por cualquier otra circunstancia que le sea imputable [a la Administración] y que hubiera sido evitable". Se trataría, pues, de "comprobar que no todos los medios técnicos y personales se han distribuido" o que podrían haberse distribuido mejor. Ahora bien, añade, no hay aquí "una obligación de garantía o de resultado absoluto". De ahí que el juicio no pueda proyectarse sobre "el resultado evaluado ex post facto (...) sino sobre las actuaciones --las medidas-- llevadas a cabo". Por eso, se ha de excluir el hecho notorio de que el personal sanitario no ha dispuesto de todos los recursos acordes con las necesidades.

Aquí vuelve a insistir en que "no nos hallamos en el contexto de una inactividad encuadrable en el art. 29 LJCA" y apunta que el incumplimiento de la ley o de las obligaciones constitucionales impuestas por el artículo 103.3 del texto fundamental, sólo puede ser objeto de apreciación (...) a través de la prueba". Y no puede ni debe, dice, a falta de la prueba pronunciarse sobre el fondo. Lo hará, asegura, a la vista de las informaciones allegadas por el Abogado del Estado en ejecución de la medida cautelar que la Sala acordó en su día.

Sobre las consideraciones de la demanda a propósito del incumplimiento del artículo 12.4, resalta que reconoce que en el Real Decreto- Ley 6/2020 ya hay medidas para garantizar la disposición de medios de protección del personal sanitario. Luego advierte falta de prueba de sus afirmaciones sobre la existencia a finales de enero de 2020 de "una situación delicada de abastecimiento". Asimismo, observa que el Real Decreto-Ley 7/2020 concedió un crédito de mil millones de euros al Ministerio de Sanidad para gastos extraordinarios del Sistema Nacional de Salud y habilitó efectivamente las transferencias de créditos mencionadas en la demanda, además de prever instrumentos para facilitar y agilizar procedimientos de contratación. Y, sobre el documento "Información científico-técnica. Enfermedad por coronavirus COVID-19", del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, considera preciso aclarar que cuando habla de la alta transmisión intrahospitalaria inicial de la enfermedad a trabajadores sanitarios, se refiere a un momento incipiente, en que las cifras de España eran notablemente inferiores a las de China y levemente a las de Italia y, en especial, que de forma expresa dice que ese alto contagio podría atribuirse a diversos factores, entre ellos el desconocimiento inicial de que puedan causarlo los asintomáticos, el grave problema mundial de desabastecimiento de equipos, la transmisión intrafamiliar y comunitaria.

Dice el Ministerio Fiscal, por otra parte, que no es un hecho notorio que los profesionales sanitarios, cuyo esfuerzo ímprobo y abnegado reconoce, hayan tenido que actuar sin las más elementales medidas de protección. Reconoce que los medios disponibles no han cubierto todas las necesidades, pero entiende que hay un salto cualitativo entre ese reconocimiento y la afirmación de la demanda sobre la inexistencia de las más elementales medidas de protección. De la documentación presentada con la demanda, observa, "resulta una realidad manifiestamente incompatible con esa afirmación". Igualmente, considera desmentido por documentos obrantes en la causa que se tardara más de tres meses en adoptar medidas de abastecimiento según dice la recurrente, pues hay facturas desde el 15 de marzo de 2020 y constancia de distribución de materiales con anterioridad al 10 de abril.

No tiene por acreditada, por otro lado, la aseveración de la demanda según la cual la mayor parte de las compras hasta el 6 de abril de 2020 fueron de mascarillas quirúrgicas y tampoco atribuye a ese dato, de ser cierto, la relevancia que le da la recurrente, habida cuenta de que es un medio de protección que se extiende a amplísimos sectores de población. Además, tiene por inexacto decir que el propio Ministerio de Sanidad reconoció que las mascarillas quirúrgicas no son protección suficiente para el personal sanitario. Según el documento n.º 5, aportado con la demanda, lo que dice es que, en caso de escasez de equipos de protección el personal sanitario también podrá usar mascarillas quirúrgicas en combinación con otras medidas preventivas.

Señala, igualmente, que las resoluciones judiciales que acompañan a la demanda se refieren a medidas impuestas a los gobiernos de las Comunidades Autónomas, que conservan la gestión de los servicios.

Rechaza, en fin, el Ministerio Fiscal que de los documentos presentados por el Abogado del Estado resulte más de una evidencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas. Aquí reprocha a la recurrente no ofrecer indicación alguna de cuál es esa evidencia. E, igualmente, rechaza que sea público y notorio que la Administración no ha garantizado la provisión de material de protección según las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud.

Lo que hay que probar, subraya, es la insuficiencia, ineficiencia, negligencia u omisión de la actuación administrativa. No es un hecho negativo de prueba diabólica, precisa, sino que se trata solamente de que la

actora demuestre los hechos que alega y aprecia en ella el propósito de invertir la carga de acreditarlos con la mera afirmación de que la Administración vulneró los derechos de sus representados.

Terminan las alegaciones del Ministerio Fiscal de este modo:

«(...) más allá del hecho notorio de que los profesionales sanitarios no han contado, sobre todo en los primeros momentos de la crisis, con todos los recursos que necesitaban para hacer frente a la situación sobrevenida por la epidemia del COVID-19, este Ministerio entiende que, a través del detallado análisis que se acaba de efectuar, no es posible hallar eneste momento procesal acreditación bastante de que esa situación se deba, de manera objetiva, primordial y determinante, en acreditada relación de causa-efecto, a un concreto e identificable incumplimiento (o incumplimientos) por la Administración de su obligación de adoptar medidas dirigidas a garantizar la posibilidad de determinar la mejor distribución en el territorio de todos los medios técnicos y personales para combatir la epidemia de COVID-19, que establece el artículo 12.4 RD 463/2020».

En sus conclusiones, el Ministerio Fiscal pedirá, además de la inadmisión del recurso por inactividad, la desestimación de la pretensión de que se declare vulnerado el derecho de la integridad física y las demás anudadas a ella porque, a su entender, el examen de la prueba no permite atribuir al Ministerio de Sanidad ese incumplimiento.

QUINTO.- *El juicio de la Sala. Planteamiento.*

Son conocidas las circunstancias en las que se ha entablado este proceso. No son otras que las originadas por la pandemia que todavía padecemos con las graves consecuencias que de todos son conocidas. En ese contexto, se nos ha sometido por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales la controversia cuyos aspectos principales hemos procurado recoger en los fundamentos anteriores.

Antes de enfrentarnos a las cuestiones que nos han sometido las partes, nos parece necesario dejar constancia de que la Sala es consciente de la decisiva labor que han realizado --que siguen realizando-- con el mayor de los empeños y gran generosidad los profesionales de la salud en la lucha contra la pandemia y también sabe de las consecuencias que para la vida y la salud de muchos ha supuesto su esfuerzo. Es patente el general reconocimiento que hacia ellos --y hacia todos los que están haciendo posible afrontar la enfermedad-- existe en la sociedad y la Sala, como parte de ella, se suma a él.

El litigio se ha tramitado en buena parte bajo la vigencia del estado de alarma y, como resultado de las medidas cautelares adoptadas por nuestro auto de 20 de abril de 2020 tenemos ahora a nuestra disposición, junto a los documentos que han presentado la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos y el Abogado del Estado, los aportados por el Ministerio de Sanidad en la pieza de medidas cautelares en cumplimiento de dicha resolución, abundante información sobre su actuación en la adquisición y distribución de medios de protección para el personal sanitario y sobre la disponibilidad del mismo por los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. Información que el Ministerio de Sanidad ha presentado con la cadencia quincenal que se le requirió y que, como dijimos en el auto de 17 de junio de 2020, satisface los términos de lo acordado por la Sala, al igual que los ha seguido satisfaciendo la que ha suministrado en fechas sucesivas, la última correspondiente al período que va del 1 al 15 de septiembre de 2020.

Pues bien, como resulta de la exposición efectuada, la controversia gira en torno, por una parte, a las condiciones en que se puede impugnar la inactividad administrativa y, por otra parte, sobre la actuación de la Administración en relación con el suministro a los profesionales de la salud de los medios de protección necesarios y la afectación de sus derechos fundamentales por su insuficiencia.

En los fundamentos siguientes nos vamos a pronunciar sobre estas cuestiones.

SEXTO.- *El juicio de la Sala. La impugnación de la inactividad administrativa conforme al artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción* .

A) La reclamación previa

Para interponer este recurso el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción exige haber presentado antes una reclamación a la Administración y que no sea atendida por ésta. Debemos observar que no se manifiesta este precepto en términos potestativos respecto de ella, ni deja espacio para excepciones a la regla, del mismo modo que tampoco lo ofrece el artículo 46.2. Y en el proceso especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales el artículo 115.1 se limita a reducir a veinte días los tres meses que el artículo

29.1 concede a la Administración para resolver dicha reclamación

La Confederación Estatal de Sindicatos Médicos no presentó ninguna reclamación a la Administración antes de interponer este recurso contencioso- administrativo. Ella misma lo reconoce y, además, dice que no era

necesario hacerlo. De un lado, porque, para ella, no lo exige el artículo 115.1, y del otro, porque no tiene sentido requerirlo cuando hay urgencia.

En contra de lo que dice la demanda el artículo 115.1 no deja lugar a dudas: la reclamación es necesaria. Y en cuanto a las alegaciones de la recurrente relativas a que en otros ordenamientos no se exige, a que no cuadra con la superación del carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa y a que, de convertir la reclamación previa en condición para recurrir, se consagraría la impunidad administrativa, reconociendo que, sin duda, tiene interés la regulación que del proceso contencioso-administrativo pueda haber en otros países, hay que decir que no es razón para obviar la que nos obliga. Tampoco es absurdo que, en supuestos de inactividad, antes de provocar un litigio se quiera que sea la Administración la que directamente resuelva las pretensiones de los interesados. Al fin y al cabo, se ha pensado el recurso contra la inactividad para supuestos muy claros: aquellos en que dimana directamente de una disposición general --o de un acto, contrato o convenio-- la obligación concreta de efectuar una prestación definida o en los que no se ha ejecutado un acto firme. En todo caso, el legislador expresamente explicó en la exposición de motivos que eso es lo que pretendía, de manera que no hay separación entre la voluntad del legislador y la voluntad de la Ley. Y tiene sentido haberlo establecido de este modo porque el proceso ha de ser el último remedio.

La eventual urgencia no conduce a una solución distinta ni, debemos añadir, prescindir de la reclamación previa consagra esa impunidad que apunta la demanda. No lo hace porque, como bien dice el Abogado del Estado, mediante las medidas cautelares, incluso preprocesales, de acuerdo con el artículo 136 que, expresamente las contempla para los supuestos del artículo 29, siempre de la Ley de la Jurisdicción, se puede hacer frente a situaciones que no admitan demora.

B) El requisito material de la obligación incumplida.

Con la modalidad de recurso prevista por el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción no cabe impugnar cualquier supuesto de falta de actuación administrativa. Ese precepto lo circunscribe solamente a aquellos casos en que se den las circunstancias previstas en sus apartados. Dejando al margen el que contempla el apartado 2, se trata de saber si estamos ante una disposición general de la que nazca, sin necesidad de actos intermedios, una obligación de la Administración de efectuar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, tal como requiere el apartado 1 de ese precepto. Para ello, dado que la disposición general identificada por la demanda en la que se establecería la obligación incumplida es el artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020, es preciso examinarlo.

Aunque en el fundamento primero hemos reproducido este artículo 12 en su integridad, ayudará reiterar aquí sus cuatro primeros apartados. Son éstos:

«Artículo 12. Medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional.

1. Todas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza.

2. Sin perjuicio de lo anterior, las administraciones públicas autonómicas y locales mantendrán la gestión, dentro de su ámbito de competencia, de los correspondientes servicios sanitarios, asegurando en todo momento su adecuado funcionamiento. El Ministro de Sanidad se reserva el ejercicio de cuantas facultades resulten necesarias para garantizar la cohesión y equidad en la prestación del referido servicio.

3. En especial, se asegurará la plena disposición de las autoridades civiles responsables del ámbito de salud pública, y de los empleados que presten servicio en el mismo.

4. 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.

(...)».

La inexistencia aquí de la obligación administrativa a que se refiere el artículo 29.1 de la Ley de la Jurisdicción la pone de manifiesto con absoluta claridad la misma demanda. En efecto, cuando quiere justificar la improcedencia de exigir el requerimiento previo, explica que el artículo 29.1 no contempla la obligación de la Administración de realizar una prestación, entendida en el sentido civil, de contenido concreto y determinado, a la que tenga derecho la recurrente. Y reconoce que no cabe recurso contencioso- administrativo cuando la Administración tiene margen de apreciación en el cumplimiento de un precepto. Por eso, sostiene que no tiene sentido la reclamación previa ya que no hay nada específico que pedir. Sucede que estos argumentos, escritos

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

para defender la improcedencia de exigírsela para recurrir, hacen patente que el artículo 12.4 no sirve como presupuesto de un recurso por inactividad.

Los términos de este precepto dejan claro que traza unos principios, unas orientaciones o estándares, como dice el Abogado del Estado, pero no define una prestación concreta. Deja un margen a la Administración, primero, para establecer las necesidades que se vayan poniendo de manifiesto en la gestión de la crisis sanitaria. Luego para decidir cuál es esa mejor distribución en función de las necesidades. Son precisas, por tanto, actuaciones intermedias que integran un conjunto complejo y variable que deberá plasmarse en la identificación de los medios a distribuir y en su distribución misma, que el artículo 12.4 no precisa. No hay, por tanto, directamente en él la imprescindible prestación concreta a exigir a la Administración cuyo incumplimiento pueda demandarse judicialmente. Es más, el resultado al que apunta irá cambiando en función de las necesidades que vaya originando la gestión de la pandemia.

Por tanto, no basta con el contenido del citado precepto para integrar el presupuesto material en que descansa el recurso contra la inactividad administrativa.

C) La jurisprudencia de la Sala sobre el recurso contra la inactividad.

Las consideraciones anteriores son, por lo demás, coherentes con la interpretación que del artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción ha hecho la jurisprudencia, incluida la más reciente.

Así, tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal han citado sentencias que siguen la interpretación que consideramos procedente. Son las siguientes: de 16 de septiembre de 2013 (casación n.º 3088/2012); 12 de diciembre de 2011 (casación n.º 2689/2008); 18 de noviembre de 2011 (casación n.º 1920/2006); 8 de enero de 2010 (casación n.º 7097/2010); 2 de julio de 2009 (casación n.º 1477/2005); 14 de diciembre de 2007 (casación n.º 7081/2004).

A ellas hemos de añadir la dictada por esta Sección con el n.º 316/2019 (recurso n.º 44/2018), conforme a la cual, el cauce procesal del artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción "no es idóneo para pretender el cumplimiento por la Administración de obligaciones que requieren la tramitación de procedimientos antes de su resolución". Antes, la sentencia de la Sección Tercera n.º 187/2019, de 18 de febrero (casación 3509/2017), recordó que el artículo 29.1 de la Ley de la Jurisdicción, resume la jurisprudencia sobre el recurso contra la inactividad administrativa y sienta la siguiente doctrina:

«la acción prevista en el artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional por inactividad administrativa, no pretende remediar cualquier incumplimiento administrativo, sino que está destinada a exigir prestaciones concretas, sobre cuya existencia no se debate, derivadas de una disposición general (siempre que no precise de actos de aplicación) o de un contrato o convenio, pretendiendo, en consecuencia, el cumplimiento de obligaciones o prestaciones que ya han sido previamente establecidas».

De igual modo, la sentencia n.º 111/2018, de 29 de enero (casación n.º 543/2017), deja clara la preceptividad de la reclamación previa, al igual que la sentencia de 18 de febrero de 2016 (casación n.º 2196/2014).

Y, recientemente, por auto de 16 de junio de 2020, confirmado en reposición por el de 20 de julio de 2020, hemos inadmitido el recurso 439/2019, justamente porque no se interpuso la reclamación administrativa previa. En esta ocasión la Asociación de Delineantes de Hacienda impugnó la inactividad de la Administración en la obligación de aprobar o adaptar el Reglamento del Cuerpo de Delineantes de Hacienda para que se adapte a las Directivas Europeas y al Real Decreto 1837/2008, a fecha de publicación de este último, 8 de noviembre de 2008. Hemos dicho entonces que:

«(...) de la interpretación conjunta de los expresados artículos 29.1 y 46.2 de la LJCA, cuando se impugna la inactividad administrativa debe previamente requerirse a la Administración para que cumpla la obligación que se resiste a realizar, y si en tres meses desde esa reclamación la Administración no hubiera cumplido la misma o llegado a un acuerdo con los interesados, ya quedaría expedita la vía judicial y, en consecuencia, se podría interponer, en el plazo de dos meses, el correspondiente recurso contencioso administrativo contra dicha inactividad. Lo que desde luego no puede defenderse con éxito es que pueda impugnarse una inactividad administrativa, como la que ahora se aduce, sin haber seguido la expresada vía previa legalmente establecida para que la Administración pueda cumplir la obligación que se reclama».

Cuanto llevamos dicho pone de manifiesto que, tal como defienden el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, no puede prosperar el recurso en tanto se dirige contra la inactividad administrativa en el sentido que la contempla el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción. Ahora bien, nuestro enjuiciamiento no puede terminar aquí porque, siendo este un proceso de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, es preciso agotar todas las posibilidades que ofrece el recurso para establecer si se ha producido o no su vulneración.

SÉPTIMO.- *El juicio de la Sala. La estimación parcial del recurso contencioso-administrativo.*

En este sentido, como observa el Ministerio Fiscal no cabe desconocer que, aún no siguiendo el cauce del artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción, se puede impugnar por medio de este procedimiento especial aquella actuación de la Administración que, por su deficiencia o insuficiencia, conduzca a la lesión de derechos fundamentales e, igualmente, la omisión que produzca esos efectos aunque no se reclame el cumplimiento de una obligación prevista directamente por una disposición general y consistente en una prestación concreta en favor de personas determinadas. Y, efectivamente, la demanda y, sobre todo, las conclusiones de la recurrente también apuntan al incumplimiento por la Administración General del Estado del artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020 por no haber suministrado equipos de protección a los profesionales de la salud que han tenido que enfrentarse a la pandemia y a que eso ha supuesto serios riesgos para sus derechos a la vida y a la salud. Esta otra vertiente del recurso la advierte el Ministerio Fiscal en sus alegaciones sobre la demanda. Pues bien, en la medida en que la insuficiencia de medios que afirma la recurrente es lo contrario de lo que este precepto pretende asegurar, debemos examinar si efectivamente se ha producido con las consecuencias señaladas por la demanda de lesión de derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, debemos efectuar las siguientes precisiones.

En primer lugar, el precepto que se entiende incumplido si bien, según se ha dicho, no llega a imponer al Ministerio de Sanidad la obligación de efectuar la prestación concreta en favor de persona o personas determinadas que contempla el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción, sí sienta unos principios u orientaciones. Esto significa que su fuerza normativa es la propia de las disposiciones de esta naturaleza: no son idóneas para fundamentar derechos ni obligaciones, pero sí tienen, además de su eficacia directiva, orientadora o teleológica, la que opera como límite frente a actuaciones u omisiones que los contradicen. Es útil, por tanto, para identificar aquellas que los traspasan.

En segundo lugar, es menester recordar que, como todo el Real Decreto 463/2020, su artículo 12.4 está vigente desde el 14 de marzo de 2020. Por tanto, con anterioridad, regía la distribución de competencias en materia de sanidad prevista en los Estatutos de Autonomía y en la legislación básica del Estado. E, incluso, una vez en vigor el Real Decreto 463/2020, las Comunidades Autónomas conservaron su gestión mientras duró el estado de alarma, si bien debieron actuar bajo la dirección del Ministerio de Sanidad. Así, resulta del propio artículo 12 del Real Decreto 463/2020.

La proyección que hace la demanda hacia los meses de enero y de febrero y a la primera quincena de marzo 2020, del mismo modo que puede ser relevante para valorar las decisiones y actuaciones emprendidas a partir del 14 de marzo, también lo es para identificar las Administraciones concernidas por el abastecimiento de medios de protección a los profesionales sanitarios. Hasta el 14 de marzo de 2020 eran las Comunidades Autónomas si bien a partir de esa fecha pasaron a estar bajo la dirección ministerial. En consecuencia, la situación existente respecto de la disposición de medios de protección hasta esa fecha también tiene que ver con ellas.

Es notorio que la pandemia nos ha llevado a unas circunstancias absolutamente excepcionales, desconocidas desde hace muchas décadas y que esa excepcionalidad se ha manifestado a escala mundial y puede haber ocasionado serias dificultades de abastecimiento de medios de protección en los mercados internacionales.

Aun así, no hay duda de que las Administraciones correspondientes debían proveer de medios de protección a los profesionales sanitarios y, en especial, el Ministerio de Sanidad a partir del 14 de marzo de 2020, ni de que estos profesionales tenían derecho a que se les dotara de ellos. Sin embargo, no se les facilitaron los necesarios y como consecuencia su integridad física y su salud sufrieron riesgos. En este punto, es preciso volver al extremo recordado más arriba: a la constatación efectuada por nuestros autos de 31 de marzo y 20 de abril de 2020. En el primero de ellos dijimos que:

"La Sala conoce esas informaciones y acepta como hecho notorio que [los profesionales sanitarios] no disponen de todos los medios necesarios para hacer frente a la pandemia con la debida protección. Así resulta de las manifestaciones de profesionales afectados y de pacientes que transmiten los medios y de cuanto dicen las mismas autoridades que diariamente dan cuenta de sus gestiones para poner a disposición de quienes los necesitan los equipos de protección y, por tanto, admiten que aún no cuentan con todos los precisos".

Y en el segundo manifestamos que:

"(...) según dijimos en el auto de 31 de marzo de 2020, (...) es notorio que los profesionales sanitarios no han contado con todos los elementos de protección necesarios. El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal vienen a reconocerlo a pesar de las medidas adoptadas que constan en los documentos presentados por el representante de la Administración. Esta circunstancia, hay que decirlo ya, impide acoger la pretensión principal de este último de que declaremos la pérdida sobrevenida del objeto de la pretensión cautelar de la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos".

Este hecho por nosotros ya reconocido y aceptado por el Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal, significa que en el comienzo del impacto de la pandemia, el Ministerio de Sanidad, aunque también el conjunto de Administraciones Públicas con responsabilidades en lo que el artículo 44 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, llama Sistema Nacional de Salud, que integran "el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas", no fue capaz de dotar a los profesionales de la salud de los medios precisos para afrontar protegidos la enfermedad y que así corrieron el peligro de contagiarse y de sufrir la enfermedad, como efectivamente se contagiaron muchos y entre ellos hubo numerosos fallecimientos.

Tal incapacidad no se corresponde con los fines perseguidos por el artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020 pues no cuesta esfuerzo establecer que no hubo una distribución de medios técnicos acorde con las necesidades puestas de manifiesto por la gestión de la crisis sanitaria. Cierto que las circunstancias fueron críticas y que la dimensión mundial de la pandemia pudo dificultar y retrasar el abastecimiento y su mejor distribución. Sin embargo, lo relevante para nuestro enjuiciamiento es que los medios disponibles no fueron los suficientes en los momentos iniciales para proteger debidamente al personal sanitario y, por tanto, la Sala así ha de reiterarlo ya que, insistimos, esa insuficiencia, no sólo la hemos apreciado ya sino que ha sido admitida por las partes y, además, no cuesta esfuerzo relacionarla con la elevada incidencia de la pandemia entre los profesionales sanitarios y, por tanto, en los derechos fundamentales de los que se vieron afectados.

Ahora bien, no nos corresponde en este proceso hacer un juicio de culpabilidad, ni imputaciones de responsabilidad, sino establecer si ha existido afectación de derechos fundamentales y tal extremo ya lo hemos constatado por lo que debemos acoger la primera de las pretensiones de la demanda y declararlo así, si bien con la precisión, ya explicada, de que la incapacidad se ha de predicar del Sistema Nacional de Salud en su conjunto y no sólo de la Administración General del Estado o del Ministerio de Sanidad aunque, dirigiéndose la demanda solamente contra el Ministerio de Sanidad, no podamos extender nuestro pronunciamiento más allá.

OCTAVO.- *El juicio de la Sala. La desestimación de las demás pretensiones de la demanda.*

La demanda pide que requiramos a la Administración General del Estado y, más concretamente, al Ministerio de Sanidad que cese en la inactividad lesiva de derechos fundamentales y que adopte las medidas necesarias para que se suministren a los profesionales sanitarios los medios de protección necesarios que ella misma relaciona.

Al respecto hay que decir que, tal como acreditan los informes quincenales presentados por el Ministerio de Sanidad en cumplimiento de la medida cautelar acordada por el auto de 20 de abril de 2020, constan un progresivo incremento en la adquisición de medios de esa naturaleza y la normalización de su distribución a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas y a los de Ceuta y Melilla. También se debe señalar como hecho notorio que los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas han podido, al flexibilizarse la centralización de las adquisiciones, hacerse con más medios.

La progresiva normalización de la dotación y distribución de medios de protección --no cuestionada por la recurrente-- nos permiten descartar que exista en la actualidad la carencia que sí hubo en los primeros momentos de la pandemia. Son innecesarios, por tanto, los requerimientos pretendidos, ya que no hay inactividad que deba cesar ni falta de medios que deba corregirse ni, mucho menos, lesión actual de derechos fundamentales.

Todo ello sin contar con que, en todo caso, esas pretensiones, de tener fundamento actual, tendrían que dirigirse, principalmente, a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas ya que el estado de alarma expiró el 21 de junio de 2020 y, en ese momento, desapareció la dirección que sobre ellos asignó al Ministerio de Sanidad el Real Decreto 463/2020 y, en consecuencia, las Comunidades Autónomas recobraron desde entonces la plenitud de sus competencias.

NOVENO.- *Costas.*

Conforme a lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, no hacemos imposición de costas.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1 .º Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo n.º 91/2020, interpuesto por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos contra la inactividad del Ministerio de Sanidad y declarar, en los términos del fundamento séptimo, que los profesionales sanitarios carecieron de los medios de protección necesarios lo cual supuso un serio riesgo para los derechos fundamentales que les reconoce el artículo 15 en relación con los artículos 43.1 y 40.2 de la Constitución.

2 .º Desestimar el recurso en todo lo demás. 3.º No hacer imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ