

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA
COMUNITAT VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA**

Apelación 69/2022

En la ciudad de Valencia, a 1 de septiembre de 2022.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Sres. D. Manuel José Domingo Zaballos, Presidente, D. Miguel Ángel Narvárez Bermejo y D. Antonio López Tomás, Magistrados, han pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A NÚMERO: 293/2022

En el recurso de apelación número 69/2022.

Es parte apelante la Consellería de Sanidad Universal y de Salud Pública, representada y defendida por sus Servicios Jurídicos.

Es parte apelada el Colegio Oficial de Médicos de la Provincia de Alicante, representado por el Procurador D. Vicente Miralles Morera, defendido por el letrado D. Guillermo Llago Navarro.

Constituye el objeto del recurso la sentencia nº 5/2022, de 13 de Enero, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Alicante en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales nº 3/2021 de ese Juzgado. Esta resolución judicial tras rechazar las causas de inadmisibilidad alegadas declara la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y a la salud de los médicos que trabajaban en la sanidad privada de la provincia de Alicante, fijando una indemnización de 10.000 euros por daños morales y con condena en

costas de 1.500 euros a la Administración demandada.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Narvárez Bermejo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia nº 5/2022, de 13 de Enero, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 3 de los de Alicante, en los autos seguidos por los trámites del procedimiento de tutela de derechos fundamentales nº 3/2021 y de los que trae causa el presente rollo de apelación, decía literalmente en su fallo:

“Se acuerda: “1º Rechazar las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo formuladas por la Administración demandada, entrando a conocer del fondo del asunto; 2º Estimar íntegramente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la parte actora; 3º Declarar la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y a la salud de los médicos que trabajaban en la sanidad privada en la provincia de Alicante, habiendo sido responsable de esta vulneración la Generalitat Valenciana con su inactividad consistente en no vacunarles , en clara discriminación con el personal de la sanidad privada; 4º Declarar el derecho del Colegio Oficial de Médicos de la Provincia de Alicante a ser indemnizado por la Administración autonómica en concepto de daños morales con la cuantía de 10.000 euros; 5º Mantener la medida cautelar concedida en este procedimiento que habrá de entenderse vigente hasta el momento en que la presente sentencia sea declarada firme, quedando alzada y extinguida la medida cautelar desde ese mismo momento; 6º Procede realizar expresa imposición de ls costas causadas en esta instancia que deberán ser

soportadas por la Administración demandada hasta una cantidad máxima de 1.500 euros.”

SEGUNDO.-Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandada, que fue impugnado de contrario y, admitido en ambos efectos, sin que ninguna de las partes propusiese la práctica de prueba, siendo seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia.

Se ha señalado para la votación y fallo del recurso el día 12 de julio de 2022, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Controversia

Constituye el objeto del presente recurso determinar la adecuación o no a derecho de la sentencia nº 5/2022, de 13 de Enero del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Alicante la cual, tras admitir la competencia del Juzgado para decidir sobre el fondo del asunto constreñido a la inactividad administrativa por no vacunar al personal sanitario que ejercía su actividad en la medicina privada en la provincia de Alicante y rechazar las causas de inadmisibilidad opuestas por la Generalitat Valenciana sobre la pérdida de objeto del proceso, falta de actividad administrativa impugnada y falta de reclamación previa a la presentación de la demanda, estima que se ha vulnerado el derecho a la salud y a la igualdad del personal facultativo que ejerce la sanidad privada en el territorio de la provincia de Alicante porque de acuerdo con el documento de 18-12-2020 denominado “Estrategia de vacunación frente al Covig 19 en España” y subtítulo: “ Grupo de Trabajo Técnico de vacunación Covig 19 de la ponencia de programa y registro de vacunaciones”, normas aprobadas por la Administración

General del Estado y todas las comunidades Autónomas, además de la Instrucción de la Generalitat Valenciana “ Instrucciones para la planificación de la vacunación frente a Covig enero 2021” de 5-1-2021, resultaban de aplicación en toda la Comunidad Valenciana según las cuales se establecía una prioridad en la vacunación del personal de primera línea independientemente de que ejerciese en la sanidad pública o en la privada, y sin embargo se desatendió dicho mandato, priorizando la vacunación contra el virus del personal sanitario de la sanidad pública y postergando el de la sanidad privada que recibió mucho más tarde la atención frente a los facultativos públicos a los que se vacunó con precedencia a pesar de encontrarse sometidos a los mismos riesgos. Se vulnera de esta manera tanto el derecho a la igualdad de trato del art. 14 de la Constitución Española como el derecho a la salud del art. 43 de la Constitución Española. Se razona que había vacunas suficientes para vacunar a ambos colectivos tanto de la sanidad pública como de la privada en absolutas condiciones de igualdad, Asimismo, se valora la prueba aportada por las partes, llegando a la conclusión de que la Administración ha omitido la obligación de vacunar en las mismas condiciones de igualdad al personal sanitario privado, incluso pese al auto de medidas cautelarísimas de 21 de enero de 2021, que ordenaba la vacunación también a los facultativos de la sanidad privada al mismo tiempo que los de la pública. No obstante, descarta que haya existido desviación de poder. Fija la indemnización de daños y perjuicios de acuerdo con el art. 71.1 d) de la LJCA en la suma de 10.000 euros invocando las sentencias del T.S. de 3-3-2008, recurso 5583/2004, y la del TSJ de 31-5-2015, recurso de apelación 933/2015.

En el recurso de apelación presentado por la Generalitat Valenciana se niega que se retrasase la vacunación del personal sanitario de centros privados con relación a la que se venía realizando con los sanitarios de establecimientos públicos a los que se atendía con carácter preferente y que no fue sino a raíz del auto de 21-1-2021 sobre medidas cautelarísimas cuando se empezó a atender a los sanitarios

privados cuando ya se estaban cumpliendo los objetivos marcados por la estrategia de vacunación Covig19 en España, atendiendo preferentemente a quienes tenían mas riesgos de hospitalización y muerte. Se insiste en las excepciones de pérdida sobrevenida de objeto y de falta de reclamación previa a la interposición del recurso contencioso administrativo. Se alega que ni constan probados los daños morales y materiales derivados de la discriminación así como que se indemnice al Colegio demandante en la suma de 10.000 euros. La cuantía de tal indemnización no está motivada y mientras que en la demanda se indicaba que la cantidad solicitada se destina a atender las necesidades del sistema sanitario en la sentencia se concede en concepto de daños morales. Con invocación de la sentencia del T.S. de 8-10-2020 el objeto litigioso debería circunscribirse a si existían médicos en la provincia de Alicante que según la estrategia de vacunación debían haber tenido un derecho prioritario a recibir un determinado tipo de vacuna y no lo hubieran recibido. Solo en este caso podría hablarse de inactividad administrativa. Se niega la vulneración del principio de igualdad porque ya desde diciembre de 2020 se estableció la estrategia general de vacunación, tratando de proteger a los grupos vulnerables y de riesgo mediante la vacunación frente al covig19 en un contexto de disponibilidad progresiva de vacunas para combatir la epidemia tanto en centros sanitarios públicos como privados, atendiendo prioritariamente a los residentes y personal sanitario y socio sanitario en residencias de personas mayores con discapacidad y a continuación al personal sanitario de primera línea; en tercer lugar a otro personal sanitario y sociosanitario y finalmente a personas con discapacidad que requieran intensas medidas de apoyo para desarrollar su vida (grandes dependientes no institucionalizados). No es cierto, pues, lo que se afirma en la sentencia apelada de que los sanitarios privados fueran ignorados por la Administración autonómica. También se niega la vulneración del derecho a la salud en su dimensión de derecho fundamental, que solo será posible en los casos en que se genere un peligro grave y cierto para la misma. A la hora de realizar las

vacunaciones se han respetados los principios de necesidad, de equidad, de reciprocidad y de evaluación de los riesgos de exposición, transmisión, morbilidad grave y mortalidad.

SEGUNDO: Los motivos de inadmisibilidad que deben rechazarse.

Deben abordarse de manera preliminar al análisis de la cuestión de derecho sustantivo planteada en el recurso sobre inactividad administrativa al no vacunarse al personal sanitario de centros privados al mismo tiempo que se hacía con el de los centros públicos pese a estar sometidos al mismo riesgo de exposición al contagio del virus, excluyéndolos de esa vacunación prioritaria con discriminación y daño para su vida y salud, el alegato sobre la pérdida sobrevenida del objeto del procedimiento y la falta de reclamación previa ya que de estimarse no habría necesidad de entrar a conocer de la cuestión de derecho sustantivo o material planteada.

No se puede admitir la excepción de pérdida sobrevenida del objeto del recurso porque como examinaremos más adelante hubo un retraso, cuanto menos negligente, en la atención a los sanitarios de centros privados con relación a la prioridad de las vacunaciones que se efectuaban a los sanitarios de centros públicos, retrasándoles la vacunación a pesar de la exposición a los mismos riesgos, lo que evidentemente les perjudicaba. Aun cuando a la postre el personal sanitario de la medicina privada recibiese la atención sanitaria requerida en forma de vacunación como consecuencia sobre todo del auto de medidas cauteladísimas de 21-1-2021 dictado por el Juzgado es evidente que se realizó con retraso y este retraso en modo alguno estaba justificado por una doble razón. Las propias normas y estrategias establecidas por las autoridades sanitarias de nuestro país de manera coordinada habían establecido la prioridad en la atención de los sanitarios llamados “de primera línea”, tras el grupo de riesgo de residentes y personal sanitario y sociosanitario en residencias de personas mayores con discapacidad, sin distinciones entre los que

prestasen servicio en centros de medicina pública y privada, es decir, por igual y sin diferencias de ninguna clase. Por otra parte, los riesgos para la vida y la salud de ese personal sanitario “de primera línea” con exposición al contagio por el virus eran iguales tanto para unos como para otros, no entendiéndose de ninguna forma posible que a unos se les proporcionase la vacuna antes y a otros más tarde. Por tanto, demostrándose ese trato desigual y con riesgo para la vida y la salud, no cabe duda de que aun cuando finalmente se vacunase, claro está tardíamente, a los sanitarios de la privada, ese retraso injustificado no priva de objeto al procedimiento en curso en cuanto existió de todas formas una inactividad administrativa con vulneración de derechos fundamentales que permite la realización de esa declaración judicial de conculcación de garantías constitucionales con las consecuencias indemnizatorias inherentes a la infracción de derechos de ese rango o categoría. Esta era la pretensión que se ejercitaba en el presente procedimiento que subsiste, a pesar de que al final y a la postre también se empezase a vacunar a los sanitarios privados, pero no con la misma prioridad exigida por las razones que ya hemos explicado, lo que ampara la subsistencia de la pretensión ejercitada por la parte.

La otra excepción de falta de reclamación previa a la interposición de la demanda tampoco cabe aceptarla. En un supuesto similar la sentencia del T.S. 1271/2020, de 8 de octubre, recurso de casación n.º 91/2020 la rechaza con sustento en la siguiente fundamentación: “A) La reclamación previa. Para interponer este recurso el art. 29 de la LJCA 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 art. 136 que expresamente las

contempla para los supuestos del art. 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 art. 20 de la LJCA 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 art. 12.4 del R.D. 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 art. 29.1 de la LJCA 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 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 art. 29 de la LJCA 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 nº 3088/2012); 12 de diciembre de 2011 (casación nº 2689/2008); 18 de noviembre de 2011 (casación nº 1920/2006); 8 de enero de 2010 (casación nº 7097/2010); 2 de julio de 2009 (casación 1477/2005); 14 de diciembre de 2007 (casación nº 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 art. 29 de la LJCA "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 nº 187/2019, de 18 de febrero (casación 3509/2017), recordó que el art. 29.1 de la LJCA, resume la jurisprudencia sobre el recurso contra la inactividad administrativa y sienta la siguiente doctrina: «la acción prevista en el art.29.1 de la LJCA 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 nº 111/2018, de 29 de enero (casación nº 543/2017), deja clara la preceptividad de la reclamación previa, al igual que la sentencia de 18 de febrero de 2016 (casación 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 arts. 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 art. 29 de la LJCA. 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.

(...) 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 art. 29 de la LJCA, 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 art. 12.4 del R.D. 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 art. 29 de la LJCA, 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 R.D. 463/2020, su art. 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 art. 12 del R.D. 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 art. 44 de la Ley 14/86, 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 art. 12.4 del R.d. 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. Ciertamente 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”.

Como razona la sentencia transcrita la falta de reclamación administrativa previa no agota todas las posibilidades que ofrece el recurso previsto como garantía de derechos fundamentales, siendo preciso examinarlo para comprobar si se ha producido o no su vulneración. Como el juicio de la Sala es positivo no es óbice la ausencia de agotamiento de la vía previa administrativo para rechazar “a límine” el recurso. Lo relevante para nuestro enjuiciamiento debe ser que a pesar de disponer de medios, aun cuando fueran insuficientes, hubo un déficit de atención en la prestación de la vacunación a los sanitarios de la medicina privada en relación con los de la pública, y esta diferencia de atención resulta discriminatoria, estando sometidos los sanitarios aunque los centros fueran de distinto signo en cuanto a su titularidad, a las mismas situaciones de riesgo que comprometían gravemente su salud por lo cual cabe aceptar la vulneración de los derechos fundamentales esgrimidos, por cuya preservación y amparo recurren la inactividad administrativa que les perjudicó. Con las medidas cautelarísimas adoptadas en virtud del auto de fecha 21-1-2021 la Administración ya tuvo tiempo de atender las necesidades de los sanitarios de centros privados, de cuya responsabilidad, en realidad, ya era consciente en virtud de las estrategias de vacunación asumidas, solo que no fue tan solícita como la que se dio al colectivo de los centros sanitarios públicos, incurriendo en una diferenciación de trato prohibida. Aun cuando no se trate de reclamación previa esta advertencia preliminar cuando existía un compromiso normativo de atención que tardíamente se cumplió debe ser también un argumento suficiente y relevante para desterrar la posibilidad de declarar la inadmisibilidad del recurso.

TERCERO: La articulación apropiada de la acción por la vía del art. 29 de la LJCA.

En la propia sentencia ya mencionada de 8-10-2020 ya se razona que la vía del art. 29.1 de la LJCA resulta idónea para reclamar contra la inactividad cometida. En primer lugar, debemos recordar que la obligación de la prestación sanitaria de la vacunación en este caso ya venía impuesta de acuerdo con el documento de 18-12-2020 denominado “Estrategia de vacunación frente al Covig 19 en España” y subtítulo: “ Grupo de Trabajo Técnico de vacunación Covig 19 de la ponencia de programa y registro de vacunaciones”, normas aprobadas por la Administración General del Estado y todas las comunidades Autónomas, además de la Instrucción de la Generalitat Valenciana “ Instrucciones para la planificación de la vacunación frente a Covig enero 2021”, de 5-1-2021”. Resultaban de aplicación en toda la Comunidad Valenciana y según las cuales, tras los residentes y personal sanitario y socio sanitario en residencias de personas mayores y con discapacidad, se establecía una prioridad en la vacunación del personal de primera línea, independientemente de que ejerciese en la sanidad pública o en la privada. De este modo se llega a imponer a todas las autoridades sanitarias del país la obligación de efectuar la prestación concreta, en este caso de vacunación, en favor de persona o personas determinadas que contempla el art. 29 de la LJCA, por lo que resulta idóneo tal marco regulatorio para vehiculizar la reclamación formulada. Esto significa que su fuerza normativa es la propia de las disposiciones de esta naturaleza: son idóneas para fundamentar derechos ni obligaciones, y deben tener, además, eficacia directiva, y efectiva operando como límite frente a actuaciones u omisiones que las contradicen.

En segundo lugar, es menester recordar que, como todo el R.D. 463/2020, su art. 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 art. 12 del R.D. 463/2020.

Desde la fecha en que se estableció tal estrategia en diciembre de 2020 es útil y relevante para identificar a las Administraciones concernidas por el abastecimiento de medios de protección a los profesionales sanitarios y de técnicas e instrumentos de prevención del contagio. 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. Por lo demás, esta obligación de dispensación de vacunaciones, en realidad, no es discutida por la demandada que a partir de las mencionadas estrategias ya empezó a vacunar, pero en vez de hacerlo de manera igualitaria entre el personal sanitario con independencia de los hospitales o centros sanitarios de signo público o privado en que se prestasen los servicios, dio prioridad a su personal estatutario descuidando la atención de los sanitarios no dependientes de sus instituciones públicas.

Y añadiendo a todo ello el examen del principio de precaución, en este contexto de pandemia y considerando el potencial expansivo del virus y su grado de letalidad, tal principio despliega toda su virtualidad, de tal manera que debe atenderse a cualquier circunstancia o situación que pueda razonablemente pensarse impide la expansión del virus, y se ha de contar con cualquier instrumento que sea razonablemente útil para la lucha contra la pandemia.

CUARTO: La discriminación y la vulneración del derecho a la salud, incluso a la vida e integridad física.

Ahora bien, la Administración demandada trata de justificar la prioridad en la atención inmunizatoria en la penuria de medios (en este caso vacunas) y en la necesidad de atender preferentemente al personal de más alto riesgo según la escala de prioridades que ya hemos señalado, es decir: primero, a los residentes y personal sanitario y socio sanitario en residencias de personas mayores y con discapacidad; a continuación al personal sanitario de primera línea; en tercer lugar a otro personal sanitario y sociosanitario; y finalmente a personas con discapacidad que requirieran intensas medidas de apoyo para desarrollar su vida (grandes dependientes no institucionalizados).

De acuerdo con este orden de prioridades y, comenzando por la atención preferente de las personas de más alto riesgo que trabajaban en residencias de mayores y con discapacidad, a continuación se debería comenzar a atender al personal sanitario llamado “ de primera línea”. No cabe discusión, porque no se establece ningún distingo o preferencia entre los sanitarios de centros público o privados , que la vacunación debía comenzar al unísono con tales profesionales de riesgo con independencia del centro de prestación de servicios o de adscripción, y sin embargo y pese a esa obligación paritaria, en la propia contestación y recurso de apelación se reconoce paladinamente que a los sanitarios públicos ya se les empieza a vacunar los días 4 y 10 de enero de 2020, se les prosigue vacunando los días 11 y 17 de enero, también los días 25 a 31 de enero y los días 1 a 7 de febrero, en este último caso, recibiendo ya la segunda dosis. A pesar de existir las mismas necesidades y los mismos riesgos al personal sanitario de los centros privados no se les empieza a vacunar hasta el 15 al 21 de febrero, es decir, con más de un mes de retraso con relación a la vacunación que recibieron los sanitarios de centros públicos. Aun cuando existiera insuficiencia de vacunas para poder vacunar a todos los sanitarios que se pudieran contagiar por el virus, para la Sala no tiene ninguna justificación ni admite paliativos ni excusas la prioridad que se estableció en este caso en el tratamiento inmunizatorio en favor de los sanitarios públicos con perjuicio y detrimento de los privados. La

insuficiencia de vacunas era una circunstancia totalmente prevista e insuperable, existiendo un desabastecimiento de ese tipo de medicinas en el mercado ante una demanda abrumadora de vacunas a nivel mundial imposible de atender. Pero esta escasez no puede servir de coartada para desatender a los sanitarios privados sometidos a los mismos riesgos que los sanitarios públicos. Desde el mismo momento en que se vacuna a los sanitarios públicos se debió atender a los privados. La exposición a los riesgos de contagio del virus de una y otra clase de profesionales por razón de atender a pacientes expuestos y afectados por el coronavirus obligaba a la administración a atenderlos con la misma intensidad y los mismos medios que se ofrecían a los sanitarios oficiales. La situación de riesgo que reclamaba su atención era exactamente la misma. Y esta igualdad en esta situación de peligro reclamaba su misma prestación de medios en forma de vacunación. Se da, pues, una misma situación de riesgo que reclama la igualdad de trato, que es el presupuesto para apreciar la discriminación que prohíbe el art. 14 de la Constitución Española (por todas, sentencias del T.C. 22/1981, de 2 de julio y 117/1998, de 2 de junio). El agravio comparativo en el que se ha incurrido es manifiesto: 1º Existía obligación legal de atención sin desigualdades; 2º Se habían planteado muchas reclamaciones de los sanitarios perjudicados y del Colegio Profesional demandante, quejándose de esa discriminación en la dispensación de vacunas; 3º Aun dictándose el auto de medidas cauteladísimas de fecha 21-1-2021, no se empieza la vacunación del colectivo representado por la Corporación accionante hasta el 15 de febrero, demora no justificada de un mandato judicial terminante y perentorio.

En cuanto a la vulneración del derecho a la salud, e incluso a la vida, ex art. 43 de Constitución Española, que se reconoce en la sentencia apelada no es necesario mucho esfuerzo argumental para apreciar esa infracción. No se nos pueden escapar los graves estragos en la salud y la vida de las personas que los contagios por el coronavirus han producido en la población mundial con cifras

escalofrantes de muertos y personas afectadas por un virus tan contagioso que ha provocado tan graves secuelas en las personas y en la población mundial. Si ya de por sí era grave el riesgo de contagio para quienes no trataban con personas no afectadas pero que podrían estarlo, dado el proceso larvado de la enfermedad hasta aparecer con su sintomatología típica en una patología que ya de por sí se caracterizaba por ser muy infecciosa, no nos puede extrañar que riesgo de contagio pudiese reputarse como extremo para aquellas personas como los profesionales sanitarios de distinto signo que por su contacto, tratamiento o cercanía con los enfermos afectados a los que debían atender, estaban muy expuestos a ese virus, poniendo en peligro su vida y su salud. Para la Sala está más que justificada la invocación de la vulneración del derecho a la salud, e incluso la vida, por cuanto la exposición de los sanitarios a la infección de una enfermedad tan contagiosa y peligrosa para su integridad física, como lo demuestran incluso la cifra de personas que en su empeño y generosidad por cumplir con sus deberes y celo profesional han sufrido sus consecuencias con graves perjuicios personales, no deja de ser un gesto encomiable de compromiso y entrega a la sociedad que se debe reconocer, y la Sala elogiar y poner en valor, puesto que en todo momento han sido conscientes de que esa falta de medios y de vacunación podía tener graves consecuencias para su salud como así ha ocurrido, y a pesar de todo ello ese riesgo no les ha impedido ni les ha supuesto dejar de prestar un servicio apremiante para la población en momentos tan críticos. Se cumplen, pues los requisitos para que se pueda apreciar tal vulneración de acuerdo con la doctrina sentada, entre otras, por la sentencia del T.C. 5/2002, de 14 de Enero

QUINTO: La indemnización por daños morales.

En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios que se reconoce, se queja la recurrente de que no se establezcan criterios de cuantificación, falta de prueba y motivación de los perjuicios, y que

atribuyan como daños morales cuando la parte recurrente los solicitaba para atender necesidades del sistema sanitario.

La sentencia del T.S. de 29 de mayo de 2003, recurso de casación 7877/1999 enseña lo siguiente: "Esa declaración, atendiendo en parte a las demás pretensiones de la demanda, debe ir acompañada con una condena al Ayuntamiento a que mantenga la clausura o cierre de la actividad de la discoteca litigiosa hasta tanto no se compruebe por los técnicos municipales de que dispone de medidas eficaces para impedir totalmente que sus ruidos y vibraciones afecten a las viviendas próximas y colindantes; y a que indemnice al demandante con el importe de 1.410.500 pts por los daños sufridos como consecuencia de la vulneración de su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Por lo que se refiere a estos daños, cuya reparación indemnizatoria se reconoce en el importe que acaba de señalarse, deben hacerse las precisiones que continúan.

El pleno y eficaz restablecimiento del derecho fundamental vulnerado exige ciertamente, para que su tutela no sea teórica, una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a causa de dicha vulneración.

Esos daños estarán representados por la imposibilidad de utilizar el domicilio habitual y la correlativa necesidad de buscar otro distinto para evitar las molestias; o, cuando se continúe en el propio, por la incomodidad o sufrimiento moral y físico experimentado en la vida personal; lo cual significa una posibilidad alternativa de una u otra clase de daños y la improcedencia de acumularlos a los efectos indemnizatorios.

Y ello es lo que determina que aquí sólo resulte procedente reconocer el las 1.410.500 pts reclamadas (actualmente su equivalente en euros) como daños morales; importe que, por ser muy próximo al valor de la renta arrendaticia de la vivienda (tampoco eficazmente

combatida), hace que no pueda ser considerado inapropiado o excesivo”.

De igual modo la sentencia de la Sala nº 479/2016, de 31 de mayo, recurso 943/2015 sostiene: “ De todas formas, la estimación de un recurso por violación de derechos fundamentales, provoca no solo la nulidad del acto generador, sino la necesidad de restablecer, en la medida de lo posible, la situación, aunando a la anulación, la indemnidad relativa de los que han padecido la restricción con la satisfacción de los perjuicios morales ocasionados.

Las pruebas practicadas en primera instancia acreditan que, los apelantes, tuvieron que soportar durante al menos los cinco días mencionados, niveles de ruido que superaban con exceso los máximos permisibles, al tratarse, como ya hemos visto, de ruidos provenientes de una actividad que no podía acogerse al régimen especial de las actividades de carácter excepcional.

Al tratarse de una situación objetiva, que se produjo en horario nocturno, de madrugada y a lo largo de todo el día, los recurrentes tuvieron que sufrir necesariamente unas molestias, (unidas a la imposibilidad de conciliar el sueño y del descanso en condiciones), que hacen evidente la concurrencia de todos los requisitos contemplados en el artº 139 y ss de la Ley básica 30/92, de 26 de noviembre, a los efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Procede, asimismo, corroborar el sufrimiento de un daño efectivo y concreto, evaluable económicamente y que tiene como única causa los efectos derivados de una Licencia municipal. Efectos que los recurrentes no tenían el deber jurídico de soportar. Además, no concurrieron circunstancias de fuerza mayor; ni los apelantes hicieron actuación alguna susceptible de romper o mitigar el nexo causal”.

Se trata de indemnizar daños morales derivados del sufrimiento padecido por profesionales que a pesar del riesgo de

contagio al que estaban sometidos por no haber recibido a tiempo la vacunación han debido seguir trabajando, sabiendo que se podían infectar con una enfermedad grave para sus vidas y su salud. Sin duda, trabajar en estas condiciones sometidos a tanta presión y expuestos a tanta inseguridad y trance, produce angustia, desasosiego, grave inquietud y malestar, y desazón. Y esto es precisamente lo que se trata de compensar con la indemnización reconocida que resarce el dolor producido, máxime ante una situación de desamparo y desprotección evidente cuando a otros profesionales en su misma situación se les atendía, provocando como efecto añadido, un sentimiento de agravio comparativo, inseguridad, injusticia y falta de equidad.

Ciertamente resulta difícil cuantificar ese dolor o daño moral pero a la vista de la grave situación de riesgo o trance sufrida y el amplio colectivo que padeció esa vulneración de derechos se trata de una indemnización simbólica y en modo alguna desmedida ante la dimensión y amplitud de los daños y padecimientos ocasionados. El hecho de que el Colegio Oficial demandante piense destinar la indemnización a atender necesidades del sistema sanitario no priva a su cuantificación económica de su sentido y naturaleza, que el Juzgado de instancia con toda corrección ha conceptuado y estimado como tal daño moral o “pecunia doloris”.

El recurso no puede prosperar.

SEXTO: Pronunciamiento en materia de costas procesales.

En cuanto a las costas procesales de conformidad con lo previsto en el art. 139.2 de la LJCA , al desestimarse el recurso, y siguiendo el criterio del vencimiento objetivo se le imponen a la parte apelante en la cuantía de 2000 euros por todos los gastos causados por todos los conceptos.

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido desestimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana contra la sentencia nº 5/2022, de 13 de enero, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Alicante en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales nº 3/2022, que se confirma, con imposición de las costas procesales causadas a la parte apelante de acuerdo con el fundamento de derecho sexto de la presente resolución.

Esta sentencia no es firme y contra ella cabe, conforme a lo establecido en los artículos 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo o, en su caso, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los que se planteen ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de 6 de julio de 2016).

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el magistrado de esta Sala Sr. D. Miguel Ángel Narvárez Bermejo, que ha sido ponente, en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Sr. Letrado de la Administración de Justicia, rubricado.