

Dualidad de jurisdicciones, contencioso-administrativa y social, en el estado de alarma. La prevención de riesgos laborales del personal sanitario en la emergencia de la pandemia de COVID-19 ante el desabastecimiento de medios de protección de la salud. Solicitud de medidas cautelarísimas inaudita parte de provisión de medios de protección sanitaria a hospitales y centros asistenciales.

ATS-CONT núm. 88/2020, de 25 de marzo.

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Macarena Ángel Quiroga

Investigadora Predoctoral de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

Resumen: *La Sala Tercera del Tribunal Supremo deniega la solicitud de medidas cautelarísimas inaudita parte presentada por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM) frente al Ministerio de Sanidad, cuyo objeto se dirige a requerirle la provisión de material sanitario en 24 horas para la protección de todos los profesionales sanitarios en su trabajo para hacer frente a la crisis del Covid-19, por no darse los presupuestos necesarios para acordar la medida previa al proceso y sin audiencia de la Administración frente a la que se solicita, al no existir esos medios de protección frente a la enfermedad y estar desplegando la Administración toda clase de iniciativas para obtenerlos.*

Palabras clave: *Medidas cautelarísimas, prevención de riesgos laborales, estado de alarma, autoridades competentes delegadas del Gobierno, Covid-19, personal sanitario.*

Abstract: *The Third Chamber of the Supreme Court denies the inaudita parte precautionary measures presented by the State Confederation of Medical Unions (CESM) in front of the Ministry of Health, whose object is based on the provision of medical equipment in 24 hours to all health professionals to face the Covid-19 crisis, for not giving the necessary budgets to agree on the measure prior to the process and without an Administration hearing against which it is requested, since there are no such means of protection against the disease and the Administration is deploying all kinds of initiatives to obtain them.*

Keywords: *Precautionary measures, prevention of occupational risks, alarm state, competent government delegated authorities, Covid-19, health personnel.*

I. Introducción

El Auto de la Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2020, se dicta en el contexto del estado alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo para la gestión de la crisis sanitaria del Covid-19 existente en España.

Resultando por todos conocida la situación a la que se han enfrentado y enfrentan los profesionales sanitarios de carestía de material técnico apropiado para prevenir el riesgo de contagio al tratar enfermos de coronavirus COVID-19, como batas, mascarillas, equipos de protección individual o gafas de protección entre otros, la representación legal de la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM) presenta solicitud de medida cautelarísima *inaudita parte* contra el Ministerio de Sanidad, requiriéndole la provisión urgente e inmediata de dicho material en el plazo de 24 horas para la protección de la seguridad y salud en el trabajo de los profesionales sanitarios en cumplimiento de las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, de lo establecido en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, y en atención a la directa aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa reglamentaria de desarrollo.

La Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo resuelve dictando el presente Auto, por el que deniega la medida cautelarísima solicitada y ordena la tramitación de la pieza ordinaria de medidas cautelares, previa interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: auto.

Órgano judicial: Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: auto de 25 de marzo de 2020.

Tipo y número recurso o procedimiento: pieza de medidas cautelares, recurso ordinario núm. 88/2020.

ECLI: ES:TS:2020:2418^a.

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. sr. D. Pablo María Lucas Murillo de la Cueva

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Debido a la situación de emergencia sanitaria existente en España y en el resto del mundo por el coronavirus Covid-19, el Gobierno español decretó, por segunda vez en la historia de la democracia constitucional, el estado de alarma conforme al artículo 116 de la Constitución Española a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para la gestión de dicha emergencia sanitaria de Covid-19 existente en España, al amparo de lo dispuesto en el artículo cuarto, apartados b) y d), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Durante dicho estado de alarma se produjo una situación de desabastecimiento de material sanitario de protección de los profesionales sanitarios frente al contagio de la pandemia del coronavirus COVID-19 en centros hospitalarios, centros asistenciales de atención primaria, y servicios de emergencia, entre otros, de todo el país.

La Confederación Estatal de Sindicatos Médicos considera que la situación reviste tal urgencia y necesidad que resulta ineludible solicitar *inaudita parte*, y con carácter previo al proceso, el requerimiento, como medida cautelarísima, al Ministerio de Sanidad de suministrar de manera inmediata los equipos e instrumentos imprescindibles para la protección del personal sanitario a todos los centros sanitarios

y asistenciales desabastecidos, dado el peligro que corren en caso contrario tanto los profesionales sanitarios como los ciudadanos que acuden a dichos centros.

IV. Posición de las partes

1. Parte demandante: Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM)

De conformidad con el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la CESM presenta el 20 de marzo de 2020 una solicitud de adopción de medidas cautelarísimas *inaudita parte* frente al Ministerio de Sanidad, para la provisión de medios de protección en el trabajo de los profesionales sanitarios en los hospitales y centros asistenciales, públicos y privados, del país para hacer frente a la emergencia sanitaria de Covid-19, dada la situación de urgencia constatada que llevó a la declaración por el Gobierno del estado de alarma en España por el citado Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

El Razonamiento Jurídico 1º del Auto recoge los términos de la pretensión cautelar:

“La Confederación Española de Sindicatos Médicos nos ha solicitado, como medida cautelar a tomar inaudita parte, a fin de asegurar la tutela judicial efectiva que pudiera acordarse en sentencia, de acuerdo con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que requiramos “a la Administración demandada a fin que en cumplimiento de las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, de lo establecido en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, y en atención a la directa aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y Reglamento de Desarrollo, se provea con carácter urgente e inmediato, en el término de 24 horas, 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 y CONTENDEROS (sic) GRANDES DE RESIDUOS”.

Como fundamento de su pretensión afirma que le asisten tanto la apariencia de buen derecho cuanto el peligro por la mora procesal. Nos dice que, de no acordar la medida cautelar “se están poniendo en grave riesgo la salud de los trabajadores de la Sanidad y de los propios ciudadanos que acuden a los centros asistenciales del territorio nacional”.

El objetivo de la pretensión cautelarísima era, pues, garantizar la protección eficaz de la seguridad y salud del personal sanitario, así como el derecho a la salud de sus pacientes, junto con el cumplimiento del correlativo deber de proteger estos derechos de la Administración sanitaria. Por ello, la parte demandante ampara su solicitud en los artículos 14, 15 y 17 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, de 8 de noviembre, y en el artículo 43.1 de la Constitución (Hecho Primero).

2. Parte demandada: Ministerio de Sanidad

Al tratarse de una solicitud de medidas cautelarísimas *inaudita parte* el Ministerio de Sanidad no ha tenido oportunidad de realizar alegato alguno en esta pieza incidental.

V. Normativa aplicable al caso

Al presente supuesto de hecho son de aplicación las siguientes normas y preceptos:

Constitución Española:

- Artículo 116

1. *Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes”.*

“2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración”.

[...]

“5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados”.

[...]

- Artículo 43

“1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud”.

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, modificado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo:

Artículo 1. “Declaración del estado de alarma”

“Al amparo de lo dispuesto en el artículo cuarto, apartados b) y d), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, se declara el estado de alarma con el fin de afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19”.

Artículo 2. “Ámbito territorial”

“La declaración de estado de alarma afecta a todo el territorio nacional”.

[...]

Artículo 4. “Autoridad competente”

“1. A los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno”.

“2. Para el ejercicio de las funciones a que se hace referencia en este real decreto, bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno, serán autoridades competentes delegadas, en sus respectivas áreas de responsabilidad:

[...]

d) El Ministro de Sanidad.

Asimismo, en las áreas de responsabilidad que no recaigan en la competencia de alguno de los Ministros indicados en los párrafos a), b) o c), será autoridad competente delegada el Ministro de Sanidad”.

“3. Los Ministros designados como autoridades competentes delegadas en este real decreto quedan habilitados para dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, en la esfera específica de su actuación, sean necesarios para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo once de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio.

Los actos, disposiciones y medidas a que se refiere el párrafo anterior podrán adoptarse de oficio o a solicitud motivada de las autoridades autonómicas y locales competentes, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso y deberán prestar

atención a las personas vulnerables. Para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno”.

[...]

- 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 establecimiento 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”.

- Artículo 13. “Medidas para el aseguramiento del suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública”

“El Ministro de Sanidad podrá:

a) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento del mercado y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el desabastecimiento de productos necesarios para la protección de la salud pública.

b) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, incluidos los centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad privada, así como aquellos que desarrollen su actividad en el sector farmacéutico.

c) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias en aquellos casos en que resulte necesario para la adecuada protección de la salud pública, en el contexto de esta crisis sanitaria”.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa:

- Artículo 135

“1. Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto:

a) Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma

resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.

En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63.

b) No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo”.

[...]

- Artículo 129

“1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.

[...]

- Artículo 130

“1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”.

“2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”.

- Artículo 131.

“El incidente cautelar se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria, que ordenará el Secretario judicial por plazo que no excederá de diez días, y será resuelto por auto dentro de los cinco días siguientes. Si la Administración demandada no hubiere aún comparecido, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada”.

[...]

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales:

- Artículo 14. Derecho a la protección frente a los riesgos laborales:

“1. Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.

Este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio.

Los derechos de información, consulta y participación, formación en materia preventiva, paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente y vigilancia de su estado de salud, en los términos previstos en la presente Ley, forman parte del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”.

“2. En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos

relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el capítulo IV de esta ley.

El empresario desarrollará una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo”.

“3. El empresario deberá cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales”.

“4. Las obligaciones de los trabajadores establecidas en esta Ley, la atribución de funciones en materia de protección y prevención a trabajadores o servicios de la empresa y el recurso al concierto con entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención complementarán las acciones del empresario, sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona”.

“5. El coste de las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo no deberá recaer en modo alguno sobre los trabajadores”.

- Artículo 15. Principios de la acción preventiva:

“1. El empresario aplicará las medidas que integran el deber general de prevención previsto en el artículo anterior, con arreglo a los siguientes principios generales:

a) Evitar los riesgos.

b) Evaluar los riesgos que no se puedan evitar.

c) Combatir los riesgos en su origen.

d) Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud.

e) Tener en cuenta la evolución de la técnica.

f) Sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro.

g) Planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo.

h) Adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual.

i) Dar las debidas instrucciones a los trabajadores”.

“2. El empresario tomará en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y de salud en el momento de encomendarles las tareas”.

“3. El empresario adoptará las medidas necesarias a fin de garantizar que sólo los trabajadores que hayan recibido información suficiente y adecuada puedan acceder a las zonas de riesgo grave y específico”.

“4. La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador. Para su adopción se tendrán en cuenta los riesgos adicionales que pudieran implicar determinadas medidas preventivas, las cuales sólo podrán adoptarse cuando la magnitud de dichos riesgos sea sustancialmente inferior a la de los que se pretende controlar y no existan alternativas más seguras”.

“5. Podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo, la empresa respecto de sus trabajadores, los trabajadores autónomos respecto a ellos mismos y las sociedades cooperativas respecto a sus socios cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal”.

- Artículo 17. Equipos de trabajo y medios de protección:

“1. El empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizarlos.

Cuando la utilización de un equipo de trabajo pueda presentar un riesgo específico para la seguridad y la salud de los trabajadores, el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que:

a) La utilización del equipo de trabajo quede reservada a los encargados de dicha utilización.

b) Los trabajos de reparación, transformación, mantenimiento o conservación sean realizados por los trabajadores específicamente capacitados para ello”.

“2. El empresario deberá proporcionar a sus trabajadores equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones y velar por el uso efectivo de los mismos cuando, por la naturaleza de los trabajos realizados, sean necesarios.

Los equipos de protección individual deberán utilizarse cuando los riesgos no se puedan evitar o no puedan limitarse suficientemente por medios técnicos de protección colectiva o mediante medidas, métodos o procedimientos de organización del trabajo”.

VI. Doctrina básica

El Auto considera que la parte que solicita la adopción de las medidas cautelares mencionadas –con base en el artículo 135 LJCA – no precisa frente a qué actuación del Ministerio de Sanidad se dirige la tutela solicitada, urgente e imprescindible, y, además, invoca preceptos de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social cuando pretende que dichas medidas se adopten contra el Ministerio de Sanidad.

A pesar de entender que dichas circunstancias resultarían suficientes para denegar la solicitud de medidas cautelares de no mediar “la necesaria subsanación”, la Sala razona que “en las circunstancias excepcionales que vivimos” prevalece la satisfacción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, “la exigencia de dar ya una respuesta fundada en Derecho [...] precisamente porque el artículo 116.5 de la Constitución asegura el funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado” durante la vigencia del estado de alarma, por tanto del Poder Judicial, encargado de satisfacer el derecho fundamental a la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos también “en tan extraordinarios momentos” (RJ 2º).

Para ello la Sala tiene que “despejar el camino” afirmando su competencia, lo que hace explicando que “no es obstáculo” para su “competencia jurisdiccional” que las medidas solicitadas hayan de requerirse del Ministerio de Sanidad, porque “se sitúan

en el marco creado por la declaración del estado de alarma efectuada por el Real Decreto 463/2020”, en el que, y a sus efectos, conforme a su artículo 4, la única autoridad competente es el Gobierno, siendo el Ministerio de Sanidad autoridad competente en diferentes cuestiones por delegación del Gobierno.

Esto resuelto, la Sala entra en el enjuiciamiento de la solicitud cautelar y afirma que “no se dan los presupuestos necesarios para acordar la medida positiva, esto es, previa al proceso y sin audiencia de la Administración frente a la que se solicita”. La Sala es consciente de la situación de emergencia y de la necesidad de los profesionales sanitarios de contar con los medios necesarios para no poner en peligro su salud en el trabajo, ni la de sus pacientes, con los que entran en contacto en la “labor decisiva” que “de forma abnegada” realizan. Su razón de decidir se construye sobre dos elementos: el negativo de que “no consta ninguna actuación contraria a esa exigencia evidente”, y el positivo de que “son notorias las manifestaciones de los responsables públicos insistiendo en que se están desplegando toda suerte de iniciativas para satisfacerla” (RJ 2º).

Siendo esto así, no hay razón para la adopción de las medidas provisionalísimas solicitadas sin oír a la Administración.

Deniega, en consecuencia, la solicitud y, previa la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo, acuerda tramitar la pieza ordinaria de medidas cautelares (artículos 129 y ss. de la LJCA), para pronunciarse con conocimiento de todos los elementos necesarios.

VII. Parte dispositiva

La Sala Tercera del Tribunal Supremo desestima la solicitud de medidas cautelares.

En su parte dispositiva el Auto de la Sala acuerda:

“(1.º) Denegar la medida cautelarísima solicitada por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM)”.

“(2.º) Acordar que, previa la interposición del recurso contencioso-administrativo, se tramite la pieza ordinaria de medidas cautelares”.

VIII. Pasajes decisivos

A pesar de su brevedad, son de destacar los siguientes pasajes del presente Auto:

- *“La Confederación Española de Sindicatos Médicos no ha precisado contra qué actuación se dirige, aquélla frente a la que sería imprescindible la medida cautelar prevista por el artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción que nos solicita. Por otro lado, invoca preceptos de la Ley reguladora del proceso laboral y las medidas que pide se refieren al Ministerio de Sanidad [...]”* (RJ 2º).

- *“[...] en las circunstancias excepcionales que vivimos, considera la Sala que ha de prevalecer la exigencia de dar ya una respuesta fundada en Derecho a lo que se nos pide, precisamente, porque el artículo 116.5 de la Constitución asegura el funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado durante la vigencia de los estados que contempla, por tanto, también del Poder Judicial al que corresponde la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de todos incluso en tan extraordinarios momentos”* (RJ 2º).

- *“No es obstáculo, desde el punto de vista de nuestra competencia jurisdiccional que las medidas pretendidas deban requerirse al Ministerio de Sanidad. No lo es porque se sitúan en el marco creado por la declaración del estado de alarma efectuada por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y dicho Real Decreto erige al Gobierno en autoridad competente (artículo 4) a los efectos del mismo, sin perjuicio de*

que el ejercicio de las funciones contempladas en esa disposición pueda delegarse en otras autoridades, entre las que se cuenta el Ministro de Sanidad.”

(...)

- “La Sala es consciente de la emergencia en que nos encontramos y también de la labor decisiva que para afrontarla están realizando especialmente los profesionales sanitarios. Tampoco desconoce que deben contar con todos los medios necesarios para que la debida atención a los pacientes que están prestando de forma abnegada no ponga en riesgo su propia salud, ni la de las personas con las que mantengan contacto. Y coincide en que se han de hacer cuantos esfuerzos sean posibles para que cuenten con ellos. Sucede, sin embargo, que no consta ninguna actuación contraria a esa exigencia evidente y sí son notorias las manifestaciones de los responsables públicos insistiendo en que se están desplegando toda suerte de iniciativas para satisfacerla. En estas circunstancias, como hemos dicho, no hay fundamento que justifique la adopción de las medidas provisionalísimas indicadas. Es decir, no se han traído a las actuaciones elementos judicialmente asequibles, los únicos que cabe considerar en el proceso, en cuya virtud deban acordarse sin oír a la Administración” (RJ 2º).

IX. Comentario. ¿Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de prevención de riesgos laborales del personal sanitario frente a la pandemia de COVID-19 en el estado de alarma?

1. *El Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2020: de la demanda de tutela cautelarísima de la seguridad y salud en el trabajo de los profesionales sanitarios frente al riesgo de contagio por COVID-10 a las funciones del Ministerio de Sanidad en el estado de alarma*

Se trata de una decisión judicial que se ha enfrentado a la situación desesperada de desabastecimiento de medios necesarios para la protección de la salud de los profesionales sanitarios frente al elevadísimo riesgo de contagio y la propagación de la pandemia (declarada por la OMS el 11 de marzo) de COVID-19 en España, así como, derivadamente, de las personas atendidas en los hospitales y centros asistenciales y de emergencia de todo el país.

La cuestión relevante del Auto, a la que hay que prestar la debida atención porque condiciona absolutamente la valoración de su corrección o incorrección jurídico-procesal, con independencia de su decisión sobre la medida cautelarísima solicitada, es la referida a la jurisdicción del orden contencioso-administrativo para conocer de la solicitud de la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos de requerimiento urgente de medidas de prevención de riesgos laborales. El objeto de la medida cautelarísima era la provisión inmediata por el Ministerio de Sanidad de los medios protección en el trabajo necesarios para que los profesionales sanitarios pudieran realizarlo en las debidas condiciones de seguridad y salud, a fin de asegurar la tutela judicial efectiva que pudiera acordarse en sentencia.

La medida solicitada con urgencia se dirigía contra una Administración pública, el Ministerio de Sanidad, autoridad competente delegada del Gobierno en el estado de alarma, y se inscribía materialmente en la prevención de riesgos laborales, sin que esta adscripción material dejase lugar a dudas, aunque la solicitud de la confederación sindical demandante aludiera igualmente, como fundamento de su pretensión provisional, al cumplimiento de las recomendaciones de la OMS y, naturalmente, “de lo establecido en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma” (Hecho 1º).

La solicitud de tutela cautelarísima se formulaba para “*garantizar la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo de los profesionales sanitarios y el deber de la administración sanitaria de garantizar su protección de conformidad con la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos laborales (art 14, art.15 y art 17), que pone en riesgo la protección de la salud del trabajador (art 43.1 CE)*” (Hecho 1º). El propio Auto, al describir los términos de la solicitud afirma, que “la Confederación Española

de Sindicatos Médicos nos ha solicitado, como medida cautelar a tomar *inaudita parte*, a fin de asegurar la tutela judicial efectiva que pudiera acordarse en sentencia de acuerdo con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que requiramos “a la Administración demandada a fin que en cumplimiento de las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, de lo establecido en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, y en atención a la directa aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y Reglamento de Desarrollo, se provean con carácter urgente e inmediato, en el término de 24 horas, a 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 y contenedores grandes de residuos (RJ 1º).

La solicitud de medidas cautelares *“inaudita parte”* contra la Ministerio de Sanidad se dirigió por la CESM a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y de “conformidad con el Art 733 LEC”, cuando la LJCA cuenta con regulación propia de este incidente urgente en su artículo 135. El fundamento jurídico material en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en que la CESM apoyaba su pretensión cautelar frente al Ministerio de Sanidad, y el objeto de dicha pretensión, el requerimiento al Ministerio de Sanidad para la entrega inmediata de medios de protección de la salud de los profesionales sanitarios en el trabajo, contrastaba con la formalización de la petición de tutela judicial ante la Sala Tercera, y no ante la Sala Cuarta, del Tribunal Supremo.

En la medida cautelar solicitada concurría, según la demandante, la apariencia de buen derecho y el peligro por la mora procesal, pues “se están poniendo en grave riesgo la salud de los trabajadores de la sanidad y de los propios ciudadanos que acuden a los centros asistenciales del territorio nacional” (RJ 1º).

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo reprocha a la CESM, además de no identificar la actuación del Ministerio de Sanidad frente a la que dirigía su petición de tutela cautelar urgente que sería determinante para acordar la medida, el hecho de que “*invoca preceptos de la Ley reguladora del proceso laboral y las medidas que pide se refieren al Ministerio de Sanidad*” (RJ 2º). Nada se dice en el cuerpo argumentativo de la resolución de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa reglamentaria de desarrollo, cuya *aplicación directa* para la protección de la salud de los profesionales sanitarios constituía el fundamento sustantivo de la petición cautelar en que la entidad demandante apoyaba el *fumus boni iuris*. Y, ciertamente, es obligado reconocer que carece de toda lógica invocar la “Ley reguladora del proceso laboral” ante la jurisdicción contencioso-administrativa, a la que la recurrente acudió, aunque no, como dice la Sala Tercera, porque las medidas solicitadas se refirieran al Ministerio de Sanidad.

La prioridad de prestar tutela judicial en las extraordinarias circunstancias del estado de alarma, conforme al artículo 116.5 de la Constitución que asegura el funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado en ese estado excepcional, lleva a la Sala Tercera a superar estos óbices de procedibilidad, que, en su criterio, hubieran precisado de subsanación para poder pronunciarse sobre lo pedido. Hay que entender que esa subsanación dispensada debería haber versado, además de sobre la identificación de la actuación del Ministerio de Sanidad frente a la que se alzaba la petición de tutela provisional, sobre la eliminación de cualquier referencia a la “Ley reguladora del proceso laboral” -¿o al ordenamiento laboral, a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales-, ya que las medidas pedidas “se refieren al Ministerio de Sanidad”.

Determinada a dar respuesta a la solicitud de la medida cautelar para prestar tutela judicial efectiva, la Sala “despeja el camino” afirmando su “competencia jurisdiccional”. La Sala resuelve realmente sobre su competencia funcional, pues las medidas preventivas solicitadas habían de requerirse al Ministerio de Sanidad, y la Sala de lo

Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo conoce en única instancia de los recursos frente a actos y disposiciones del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno [artículo 12.1.a) de la LJCA]. Salva el “obstáculo” mediante la inserción de las medidas requeridas “en el marco creado por la declaración del estado de alarma”, en que el Gobierno es la única autoridad competente, conforme al artículo 4.1 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y el Ministro de Sanidad es autoridad competente que actúa por delegación del Gobierno para el ejercicio de las funciones previstas en dicho Real Decreto “bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno” (artículo 4.2). Considera la Sala la actuación que se requiere del Ministerio de Sanidad por la confederación sindical demandante como propia del Ministro de Sanidad y la de éste como propia del Consejo de Ministros por delegación en el estado de alarma, con las consecuencias de todo orden que de esa identificación se derivan. Resuelve así la Sala su competencia funcional. Sin ni siquiera dedicar un solo razonamiento a justificar su jurisdicción o competencia objetiva o material para conocer de una solicitud que reclamaba la entrega de medios de prevención de riesgos laborales, con urgencia como probaba la declaración del estado de alarma frente a la emergencia sanitaria de COVID-19, y basándose en la directa aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su Reglamento de desarrollo, vigente y de aplicación imprescindible en el estado de alarma debido al contagio del virus por contacto personal propio de los ambientes de trabajo, incrementado hasta el máximo de sus posibilidades para el personal sanitario.

Polémico y dificultoso resulta el encaje en el ordenamiento jurídico, no excepcionado por la declaración del estado de alarma, de la decisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de entrar a conocer sobre la solicitud cautelarísima planteada, que, pese a la urgencia de la tutela judicial solicitada, debía haber inadmitido por falta de jurisdicción, indicando a la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos la competencia del orden jurisdiccional social (artículo 5.3 de la LJCA).

Nada en el estado de alarma autoriza a desconocer las reglas legales de atribución competencial a los distintos órdenes jurisdiccionales conforme al artículo 117.2 y 3 de la Constitución, la LOPJ y las leyes de los distintos órdenes jurisdiccionales. La declaración del estado de alarma no ha supuesto una especie de atribución jurisdiccional temporal universal a la contencioso-administrativa para conocer de cualesquiera impugnaciones que se formulen frente a actuaciones, o a la inactividad, del Gobierno y de las autoridades competentes delegadas de aquél en su ejecución y durante la vigencia de dicho estado excepcional, que siguen sometidas al resto del ordenamiento jurídico. Las reglas de atribución jurisdiccional a los distintos órdenes de la jurisdicción se encuentran en las leyes procesales de cada orden jurisdiccional, no excepcionadas en su aplicabilidad por el estado de alarma, y se basan en sus propios criterios de ordenación material.

Siendo el destinatario del requerimiento de medidas de prevención de riesgos en el trabajo de los profesionales sanitarios el Ministerio de Sanidad, autoridad competente delegada en la ejecución del Real Decreto del estado de alarma, la Sala Tercera lleva la pretensión de la demandante al cumplimiento de las funciones del Ministerio de Sanidad conforme a dicho Real Decreto al margen de su contenido material; al margen del objeto de la pretensión cautelarísima, la prevención de riesgos laborales, que desaparece en el estado de alarma subsumida en la satisfacción de intereses superiores. Quizás ante la transferencia de las competencias sanitarias a las Comunidades Autónomas la Sala Tercera ha obviado la condición del Ministerio de Sanidad de Administración legalmente responsable de la protección de la salud laboral de los profesionales sanitarios, remarcada en el estado de alarma (artículo 12.1 del Real Decreto 463/2020), frente a la que la entidad recurrente había ejercido una pretensión de cumplimiento de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y de su normativa reglamentaria (Real Decreto 773/1997, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual) en todo el territorio nacional, coincidente con el ámbito de representación de la confederación sindical demandante.

No ha tomado en consideración la Sala el artículo 3.a) de la LJCA, que excluye del orden jurisdiccional contencioso-administrativo las cuestiones expresamente atribuidas al orden jurisdiccional social, “aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública”. Y tampoco ha tenido en cuenta el mandato normativo inequívoco del artículo 2.e) de la LRJS, a cuyo tenor: los órganos jurisdiccionales del orden social conocen de las cuestiones litigiosas que se promuevan para “garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como *frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados, bien sean éstos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral*, que podrán ejercer sus acciones, a estos fines, en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, *incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcional, estatutaria o laboral; y siempre sin perjuicio de las competencias plenas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones*”.

El mandato legal reproducido no ha quedado alterado por el Real Decreto de declaración del estado de alarma, ni por las facultades allí atribuidas al Ministro de Sanidad como autoridad competente delegada, que, si ejercidas en el ámbito de la protección seguridad y salud en el trabajo, permanecen en ese ámbito material, correspondiendo el conocimiento de las demandas por su actuación o inactividad en esta materia litigiosa a la jurisdicción social.

El orden jurisdiccional social es el “*garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales*” en todo caso, también frente al Ministerio de Sanidad como autoridad competente delegada del Gobierno en el estado de alarma, y su competencia es *plena*, incluyendo a los funcionarios o personal estatutario [...]”, además de tener competencias sobre medidas cautelares (artículo 79.1). El preámbulo de la LRJS insiste en ello. Y manifiesta la voluntad del legislador procesal social de acabar con el “peregrinaje de jurisdicciones”, que provocaba “graves disfunciones y una merma en la efectiva protección de los derechos de las personas”.

Aquí no ha habido peregrinaje de jurisdicciones. La Sala Tercera del Tribunal Supremo reconduce la pretensión de la confederación sindical demandante de provisión inmediata de medios de protección de la salud de los profesionales sanitarios en el desempeño de su actividad profesional a la condición del Ministerio de Sanidad en el estado de alarma de autoridad competente delegada del Gobierno, despojando la pretensión ejercida de cualquier contenido de prevención de riesgos laborales y llevando implícitamente ese contenido al cumplimiento de las funciones del Ministerio de Sanidad establecidas en el Real Decreto que lo ha declarado a través de una especie de subsanación de oficio para prestar tutela judicial. Las facultades del Gobierno, y del Ministro de Sanidad por delegación, han alterado la materia en que se requería su actuación urgente, rehaciendo el objeto de la solicitud de tutela judicial cautelar de la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La pretensión material ejercida, correspondiente al orden social, ha pasado así al orden contencioso-administrativo por dirigirse frente al Ministerio de Sanidad, autoridad competente en el estado de alarma por delegación del Gobierno para el ejercicio de ciertas funciones que le confiere el Real Decreto 463/2020, que lo serán, según veremos más adelante, de provisión de los medios de protección sanitaria para su mejor distribución en todo el territorio nacional, pero no de deudor de protección de la salud de los profesionales sanitarios en su actividad profesional, todos los cuales, sin embargo, han quedado en el estado de alarma precisamente bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares (artículo 12.1 del Real Decreto 463/2020).

En la ejecución de las previsiones del Real Decreto de declaración del estado de alarma, el Ministro de Sanidad debe “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” (artículo 12.4), y puede impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento del mercado y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el desabastecimiento de productos necesarios para la protección de la salud pública [artículo 13.a)]. Son facultades que se ejercen en ámbitos materiales distintos y exceden la primera petición concreta de la confederación sindical demandante de provisión inmediata por el Ministerio de Sanidad de equipos de protección individual de los profesionales de la salud. Pero que van a servir, en concreto el artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020, para rehacer la demanda de tutela cautelarísima de la CESM y justificar la competencia jurisdiccional de la Sala Tercera del Tribunal Supremo para conocer de ella.

Ya sobre el objeto de la petición cautelar de urgencia de la CESM, fue presentada el 20 de marzo, seis días después de la declaración del estado de alarma, en un momento de extraordinaria dificultad en que la capacidad y rapidez de contagio del coronavirus COVID-19 era altísima al no haber tenido efecto posible las medidas de confinamiento social y no conocerse la enfermedad. Además, el sistema sanitario estaba desprovisto de medidas de protección frente al nuevo y extraordinario riesgo laboral aparecido en esta crisis sin precedentes recientes, el contagio del virus por contacto personal, que afectaría en proporción elevada al personal sanitario, a su vez con posibilidad de contagio de sus familiares y de personas próximas, además de los propios pacientes. En aquel momento se conocía que la evolución de la pandemia seguiría una línea de crecimiento exponencial de sus índices de enfermedad y de letalidad y se temía por la capacidad de resistencia del sistema nacional de salud ante su saturación por el número creciente de personas contagiadas y precisadas de cuidados intensivos, el número de camas y de UCIs, y las bajas de los profesionales sanitarios contagiados por COVID-19 por falta de medidas adecuadas de protección frente al contagio, que, según datos oficiales, ha supuesto el 16% de los infectados.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo es consciente de esta situación de emergencia y de desprotección de los profesionales sanitarios frente a los riesgos en su trabajo. Lo dice expresamente en su Razonamiento Jurídico 2º, en el que reconoce la “labor decisiva” de los profesionales sanitarios y la necesidad específica de prevención de los riesgos para su salud, y la salud de otras personas próximas, causados por la “abnegada” atención de los pacientes. Por ello, coincide con la entidad solicitante de la provisión a los hospitales y centros de asistencia de esos medios de protección de los profesionales sanitarios en que han de hacerse los esfuerzos posibles para lograrlos. La exigencia de protección, dice, es “evidente”.

La Sala es consciente también de que esos equipos de protección individual no existían. Las autoridades sanitarias, y en concreto el Ministro de Sanidad, habían dado cuenta públicamente de operaciones de compra de ese material sanitario en el mercado chino, sometido a una agresiva competencia al crecer vertiginosamente la demanda de esos productos, y de reorientaciones temporales de nuestra industria para la fabricación de los medios de protección necesarios (mascarillas, guantes, geles y soluciones hidro alcohólicas, gafas, batas, calzas...). Todavía hoy se siguen reclamando por los profesionales sanitarios equipos de protección individual, y denunciando su falta, pero aquellos momentos fueron especialmente difíciles para los profesionales sanitarios, mas de una treintena de ellos fallecidos hasta el momento por la pandemia asoladora de COVID-19.

No existiendo “ninguna actuación contraria” por parte del Ministerio de Sanidad a la dotación de los medios de protección necesarios para el personal sanitario, y constando, en cambio, la realización de diversas actuaciones por las autoridades públicas para lograrla, el Tribunal Supremo entiende que no había elementos en el proceso para atender una petición cautelarísima desprovista de fundamento sin oír a la Administración.

El Auto de la Sala, de 25 de marzo ordenó a la demandante la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131 de la LJCA [artículo 135.1.b], previa la interposición del correspondiente recurso.

2. *El auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 2020: la demanda de tutela cautelarísima de la salud en el trabajo de los profesionales sanitarios y la presunta inactividad del Ministerio de Sanidad en la distribución interterritorial de medios técnicos frente a la pandemia de COVID-19*

El siguiente 26 de marzo la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos interpuso recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales 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 por el COVID-19", denunciando la vulneración del derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 de la Constitución en relación con su artículo 43.1 con apoyo en la jurisprudencia constitucional. Solicitó, conforme al artículo 135 de la LJCA, "por razones de urgencia vital para los profesionales y ciudadanos", la medida cautelarísima *inaudita parte* de requerir al Ministerio de Sanidad los medios de protección de los profesionales sanitarios en el trabajo que ya le habían sido requeridos en la anterior solicitud cautelar.

Sin fundamentarse ahora en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la petición cautelarísima, imputaba al Ministerio de Sanidad, en su condición de autoridad competente por delegación del Gobierno, el incumplimiento del mencionado artículo 12.4 del Real Decreto de declaración del estado de alarma, citando también al artículo 13 de dicho Real Decreto, "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", no de los profesionales sanitarios a los que la confederación sindical representaba. La utilización del proceso especial de tutela del derecho fundamental a la integridad física de los profesionales sanitarios, funcionarios y personal estatutario, favorecía también la competencia objetiva de la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque este elemento procesal no va a ser tomado en consideración.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su Auto de 31 de marzo^[1], reitera que mantiene en el estado de alarma la plenitud de sus atribuciones constitucionales y que, conforme a lo ya manifestado en su anterior Auto de 25 de marzo de 2020, y *ya siendo el procedimiento utilizado distinto*, "no hay obstáculos a nuestra competencia, ya que, conforme al artículo 4 del Real Decreto 463/2020, es el Gobierno la autoridad competente durante el estado de alarma para hacer frente a la pandemia, sin perjuicio de que el ejercicio de las funciones contempladas en esa disposición pueda delegarse en otras autoridades, entre las que se cuenta el Ministro de Sanidad" (RJ 2º). De nuevo, justifica su competencia funcional, sin la menor referencia a la transmutación de la materia litigiosa por el hecho de denunciar la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos el incumplimiento por el Ministro de Sanidad de las funciones que le atribuye el artículo 12.4 del Real Decreto de declaración del estado de alarma, identificando ese incumplimiento con la falta de suministro a los centros hospitalarios y asistenciales de los equipos de protección frente a los riesgos laborales del personal sanitario.

Esta identificación material, sin embargo, no resulta del tenor literal del mandato normativo del artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020, que, para reforzar el sistema nacional de salud en todo el territorio nacional, ha previsto la adopción por el Ministro de Sanidad de medidas que han de garantizar "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". El Abogado del Estado expondrá ese desajuste material a la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

En cuanto al objeto de la tutela judicial demandada, la Sala "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”, lo que “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” (RJ 2º).

La carencia de los medios de protección era indiscutible, para la Sala, pero es discutible que se debiera a la *inactividad antijurídica* de la Administración (artículo 29 de la LJCA), cuestión que la Sala consideró que no podía decidir al no tener los elementos de juicio precisos y, sobre todo, sin oír a la Administración.

La Sala proclama una vez más que “comprende la preocupación” de la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos y que comparte la necesidad de que los profesionales sanitarios cuenten “con todas las medidas que les permitan hacer su trabajo con la protección necesaria”. Destaca el “papel extraordinario” de dichos profesionales “en la emergencia que sufrimos”, un papel “notorio y reconocido por todos”. No obstante, vuelve a denegar la medida cautelarísima solicitada por razones de “urgencia vital” y a acordar la tramitación de la pieza ordinaria de medidas cautelares (artículos 129 y siguientes de la LJCA), que consideró adecuada para pronunciarse con conocimiento pleno, “en particular, de la gestión efectuada al respecto por la Administración y de los criterios que la han informado que nos ha de exponer con detalle el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones” (RJ 2º).

3. *El auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2020: la tutela cautelar de la salud en el trabajo de los profesionales sanitarios frente al riesgo de contagio por COVID-19 como interés público propio de la acción administrativa*

En su posterior Auto de 20 de abril^[2], la Sala, en el marco de la pieza ordinaria de medidas cautelares del artículo 135 de la LJCA, advierte que el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal comparten su análisis, hecho en sus anteriores Autos de 31 y de 25 de marzo, “sobre su propia competencia y sobre la idoneidad del procedimiento elegido por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos” [RJ 4º.A)].

Informada por la Abogacía del Estado, que pidió la declaración de pérdida sobrevenida de objeto al haber puesto a disposición la Administración el material reclamado o su denegación por no haber inactividad ni vulneración del derecho fundamental invocado, y a la vista de las alegaciones del Ministerio Fiscal, contrarias también a la concesión de la tutela cautelar, la Sala ha pospuesto de nuevo el enjuiciamiento de si ha existido o no inactividad de la Administración (y el cumplimiento del artículo 29 de la LJCA) y la correspondencia con esa inactividad del artículo 12.4 del Real Decreto del estado de alarma, cuestiones de fondo que abordará en la sentencia. Por ello, no acuerda la medida cautelar solicitada por la confederación sindical recurrente, porque significaría “reconocer la pretensión de fondo” [RJ 4º B)].

En esta pieza cautelar ordinaria la Sala pondera los intereses en juego y considera que el interés defendido por la CESM es el “*interés público propio de la acción administrativa*” en la pandemia de COVID-19, “vinculado a la preservación del derecho fundamental a la integridad física y del derecho a la protección de la salud de los profesionales sanitarios” y, por asociación o en consecuencia, de todos los ciudadanos. Es “un interés público común que en medio de la pandemia adquiere un carácter esencial”, por lo que debe ser preservado frente a cualquier otro interés —“no parece necesario explicar que frente a él no se vislumbran intereses diferentes merecedores de mejor protección”—, por lo que, ante la insuficiencia notoria de los medios de protección, “demanda en los momentos excepcionales presentes toda la tutela posible” [RJ 4º B)].

La Sala adopta para ello una medida cautelar propia, acomodada al texto del artículo 12.4 del Real Decreto de declaración del estado de alarma, del que con razón el Abogado del Estado había señalado que no tenía “un contenido prestacional concreto”, concretándose su contenido “genérico” en la aprobación de distintas Órdenes Ministeriales “y en la actuación dirigida a ejecutarlas”, insistiendo en “la

desconexión entre el objeto del proceso --el artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020-- y la medida cautelar que tiene más que ver con su artículo 13” (RJ 2º), aunque tampoco identifique la letra concreta del artículo 13 con el que las medidas preventivas de riesgos laborales demandadas tienen “más que ver”. Y decide requerir al Ministerio de Sanidad a que efectúe de inmediato las acciones necesarias “para superar las carencias” y hacer efectivo el objetivo del artículo 12.4 del Real Decreto del estado de alarma de “la mejor distribución de los medios de protección de los profesionales sanitarios”. Y a que informe quincenalmente a la Sala de las adoptadas y de la distribución “de los medios de protección del personal sanitario entre las Comunidades Autónomas”, y la que estas efectúen, recabándoles los datos correspondientes, “todo ello de acuerdo con la competencia y responsabilidad que le atribuye al Ministerio de Sanidad el artículo 12 del Real Decreto 463/2020” [RJ 4º B)].

Se consuma, a través del instrumento específico de declaración del estado de alarma, la administrativización de cuestión litigiosa promovida para obtener el cumplimiento de la obligación legal de protección de los profesionales sanitarios frente a los riesgos laborales, siendo riesgo laboral el contagio por COVID-19 en el trabajo. La prevención de riesgos laborales de los profesionales sanitarios por el Ministerio de Sanidad en el estado de alarma no es prevención de riesgos laborales. ¿Y la de los policías por el Ministerio del Interior, y la de los militares por el Ministerio de Defensa, o la de los transportistas por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana?

X. Apunte final. La competencia de la jurisdicción social para el conocimiento de iguales peticiones cautelarísimas de tutela de la seguridad y salud en el trabajo del personal sanitario frente a la pandemia de COVID-19 en el estado de alarma, dirigidas a las autoridades sanitarias de las comunidades autónomas

No puede concluirse este comentario sin hacer alusión, como contrapunto, a decisiones del orden jurisdiccional social, que han afirmado su jurisdicción para el conocimiento de la petición de medidas cautelarísimas idénticas a las solicitadas a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, aunque no han sido dirigidas frente al Ministerio de Sanidad. Otras peticiones también cautelarísimas, también en materia de prevención de riesgos laborales, y también dirigidas al Ministerio de Sanidad, han sido enjuiciadas por la jurisdicción social.

El 25 de marzo se presentó ante el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid solicitud de medidas cautelarísimas *inaudita parte* por la Asociación de Médicos y Titulados Superiores de Madrid (AMYTS) contra la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid. El objeto de la petición de tutela judicial cautelar urgente era el mismo que el dirigido al Ministerio de Sanidad por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos y resuelto, en los términos vistos, por los Autos comentados de la Sala Tercera del Tribunal Supremo: la provisión “con carácter urgente e inmediato, en el término de 24 horas, en todos Centros de la Red del SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD, Hospitalarios, Asistenciales de Atención Primaria, SUMMA 112, SAR, Centros con pacientes institucionalizados, así como todos los demás Centros asistenciales de la Comunidad de Madrid, ya sean públicos o privados, y cualesquiera otras Dependencias habilitadas para uso sanitario: “de BATAS IMPERMEABLES, MASCARILLAS FPP2, FPP3, GAFAS DE PROTECCIÓN y CONTENEDORES GRANDES DE RESIDUOS” (Hecho 2º).

En su Auto, también de 25 de marzo^[3], el Juzgado de lo Social entra a conocer sobre las medidas cautelarísimas solicitadas. Ante todo, justifica su jurisdicción o competencia objetiva en materia de prevención de riesgos laborales de acuerdo al apartado e) del artículo 2 de la LRJS con jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y el criterio de su Sala Especial de Conflictos de Competencia. Considera acreditados los presupuestos de la tutela urgente demandada, el *fumus boni iuris*, porque las medidas preventivas requeridas son las necesarias para que los profesionales sanitarios puedan realizar su trabajo en las mínimas condiciones de seguridad, y la urgencia de la pandemia de COVID-19 que ha castigado con gran intensidad a la Comunidad de Madrid, y precisa de la “actuación urgente de todo el profesional médico y sanitario posible para atender a los enfermos y evitar su mayor

propagación”. Sobre el fundamento del enjuiciamiento cautelar, aplica el derecho sustantivo sobre protección de riesgos laborales (ET, Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el Real Decreto 486/1997, el Real Decreto 773/1997^[4]) y estima la solicitud de tutela urgente, requiriendo a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid a entregar de manera inmediata, y en un plazo máximo de 24 horas, las medidas de prevención requeridas, que considera “absolutamente necesarias” para el ejercicio por los médicos y titulares sanitarios de sus funciones de atención y cuidado del paciente “con unas mínimas condiciones de seguridad, con el fin de evitar el riesgo de ser contagiados o de incrementar más el contagio”. Añadiendo que “la urgencia de dichas medidas deriva, no sólo del deber de seguridad impuesto a la Administración sanitaria o del derecho del trabajador a ser protegido, sino también del derecho del paciente a ser atendido adecuadamente por el personal sanitario, con el fin de proteger su salud y sobre todo de salvar el mayor número de vidas posible” (RJ 4º).

El Auto del Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid, pese a su ejecutividad, dio recurso de reposición, que la Comunidad de Madrid interpuso el 30 de marzo de 2020. El Juzgado revocó parcialmente su Auto, decretando que los medios de protección requeridos, inexistentes, se entregasen en el “mismo instante” en el que se recibiese el material por parte de las autoridades sanitarias madrileñas, una vez contasen “con su efectiva disponibilidad”.

Una decisión, pues, de la misma fecha que la inicial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y contradictoria con ésta, en el presupuesto de la jurisdicción y en su fallo.

Siguiendo al Auto del Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid, el Auto del Juzgado de lo Social nº 10 de Valencia, de 26 de marzo de 2020^[5], ha aceptado igualmente la medida cautelarísima solicitada por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos de la Comunidad Valenciana (CESM-CV) de requerir a la Conselleria de Sanitat a fin de que con carácter urgente e inmediato, en el término de 24 horas, suministrara a todos los centros sanitarios de la provincia de Valencia batas impermeables, mascarillas FFP2 y FFP3, gafas de protección, calzas específicas y contenedores grandes de residuos, para garantizar la salud y protección de los profesionales sanitarios.

Sin proyectar el análisis sobre las respectivas construcciones argumentales acerca de la denegación o concesión de la tutela cautelarísima solicitada por las decisiones de la jurisdicción contencioso-administrativa y de la jurisdicción social, en lo que hace a la premisa de la propia jurisdicción, entendiéndose los órganos judiciales de distintos órdenes jurisdiccionales competentes por razón de la materia para el conocimiento de la misma cuestión, la diferencia podría estribar en el carácter de autoridad competente delegada para el ejercicio de las funciones previstas en el Real Decreto de declaración del estado de alarma del Ministro de Sanidad, sobre el que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha construido su decisión. Por su parte, las Administraciones públicas autonómicas y locales mantienen la gestión, dentro de su ámbito de competencia, de los correspondientes servicios sanitarios, asegurando en todo momento su adecuado funcionamiento, sin perjuicio de que el Ministro de Sanidad se reserve el ejercicio de las facultades necesarias para garantizar la cohesión y equidad en su prestación (artículo 12.2 del Real Decreto 463/2020). Ahora bien, la conversión del deber de seguridad de las Administraciones sanitarias y del derecho a la protección de los riesgos en el trabajo de los profesionales sanitarios en “interés público propio de la acción administrativa” en la pandemia de COVID-19, efectuada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su Auto de 20 de abril, sería igualmente aplicable a las autoridades sanitarias autonómicas y, más aún, a cualesquiera autoridades respecto de su personal, pues el contagio del virus tiene lugar por contacto personal con posibilidad de propagación no ya a otros trabajadores o funcionarios, sino a los ciudadanos.

Al planteamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo es ajeno al Auto del Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid y al Auto del Juzgado de lo Social nº 10 de Valencia, cuyo punto de partida es la competencia objetiva plena del orden

jurisdiccional social para el conocimiento de los litigios sobre la aplicación de la normativa de prevención riesgos laborales, aunque afecten al personal funcional o estatutario de las Administraciones públicas y al personal sanitario de instituciones asistenciales privadas, para la protección de la salud de los profesionales sanitarios y de los ciudadanos.

También ha sido ajeno a este planteamiento el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 2020, que da por supuesta su jurisdicción o competencia objetiva, aunque no su competencia funcional y declara su falta para conocer de la demanda del SUP (Sindicato Unificado de Policía) que impugnaba el “Procedimiento de actuación para los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales” frente a la exposición al SARS-Cov-2”, de fecha 20 de marzo de 2020, y también comprendía la petición de una medida cautelar, frente al Ministerio de Sanidad (y frente al Ministerio de Trabajo y Economía Social). Indica la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al sindicato demandante que el órgano competente para conocer sus pretensiones es la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. No desconocemos, afirma el Tribunal Supremo, su Sala Cuarta, “el trastocamiento de competencias que comporta la declaración del estado de alarma mediante RD 463/2020 y la consideración que posee el Ministro de Sanidad como “autoridad delegada competente” (ar. 4.2), bien que “a los efectos del estado de alarma la autoridad competente será el Gobierno” (art. 4.1). Por tanto, si el Ministro de Sanidad adopta un acto administrativo durante este tiempo deberemos plantearnos su consideración como acto del Gobierno, como excepción” (RJ 3º), lo que no ocurría en el caso al no ser el “Procedimiento de actuación para los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales” frente a la exposición al SARS-Cov-2” un acto administrativo del Ministro de Sanidad como autoridad competente delegada del Gobierno. Ese trastocamiento no alcanza a la modificación de la jurisdicción y, naturalmente, no duda la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de que el derecho a la seguridad y salud laboral es materia propia del orden jurisdiccional social con su dimensión de interés público esencial incluida, no trastocada por el estado de alarma. En el estado constitucional de alarma, insiste en ello, persisten las exigencias del Estado democrático de derecho, por lo que se mantiene “la necesidad de atenernos a las exigencias constitucionales sobre ejercicio de las propias competencias, y no de otras” [RRJJ 2º.A) y 7º]. Se mantiene, obviamente, la Constitución y el ordenamiento jurídico, pues la declaración del estado de alarma ha de efectuarse conforme a ella (artículos 116 y 55.1) y a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Importante es en el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo su doctrina sobre la competencia funcional de los órganos de la jurisdicción social para conocer de las demandas y medidas cautelares en materia de prevención de riesgos laborales contra las Administraciones Públicas: “Respondiendo a las observaciones del SUP, digamos que de seguirse su tesis (que no es competente la Audiencia Nacional), resultaría que la Sala Cuarta del TS es la competente para conocer de todas las demandas y medidas cautelares en materia de prevención de riesgos laborales contra la Administración Pública -excepto las atribuidas a los Juzgados de lo Social, artículo 6.2 a) LRJS- ya que el artículo 7 LRJS [ni el artículo 8] tampoco establece de forma expresa la competencia de las Salas de lo Social de los TSJ [ni de la Audiencia Nacional] para conocer de las cuestiones contempladas en el artículo 2 e) LRJS. Desde luego, no es tal el diseño de la LRJS, ni el de la norma procesal en que se inspira”, la LJCA [RJ 5º.E)].

Referencias:

1. ^ *Pieza de medidas cautelares Num.: 1. Procedimiento Nº: REC.ORDINARIO(c/d)-91/2020, ECLI: ES:TS:2020:2425^a. Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.*
2. ^ *Pieza de medidas cautelares num.: 1. Procedimiento Num.: rec.ordinario(c/d) - 91/ 2020.*
3. ^ *Procedimiento de medidas cautelarísimas nº 348/2020.*
4. ^ *Y el documento denominado “Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al nuevo coronavirus (SARS-COV-2)”, elaborado por el Ministerio de Sanidad el 5 de marzo de 2020, que establece los requisitos exigibles a los EPis del personal sanitario: mascarillas, guantes, ropa, protección ocular y ropa, así como normas sobre almacenamiento y desecho.*
5. ^ *Autos n.º 320/20. Medidas cautelares.*