



Roj: **ATS 2574/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2574A**

Id Cendoj: **28079130042020200047**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **19/05/2020**

Nº de Recurso: **99/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección: CUARTA**

#### **Auto núm. /**

Fecha del auto: 19/05/2020

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Nº: REC.ORDINARIO(c/d)-99/2020

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

Procedencia: T.SUPREMO SALA 3A. SECCION 4A.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Num.: REC.ORDINARIO(c/d) - 99/ 2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección: CUARTA**

#### **Auto núm. /**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez, presidente

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. Celsa Pico Lorenzo

Dª. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 19 de mayo de 2020.

Esta Sala, con la composición más arriba indicada, ha visto la solicitud de medida cautelar formulada en esta pieza por el **Procurador don Ramón Rodríguez Nogueira**, en nombre y representación de don Candido, bajo la dirección del abogado **don José Aguilar Cañabate**.

El recurso principal ha quedado reducido, tras el auto de 4 de mayo de 2020 a la impugnación de la Orden SND 370/2020, de 25 de abril, sobre las condiciones en las que deben desarrollarse los desplazamientos por parte de la población infantil durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Frente a dicha Orden se ha formulado petición de medidas cautelares que han sido denegadas y sobre las que ahora se resuelve, previa audiencia al Abogado del Estado y al Fiscal, como medida cautelar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por escrito que tuvo entrada en la Sala el 22 de abril de 2020 el Procurador don Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de don Candido, interpuso recurso contencioso-administrativo bajo la dirección del abogado don José Aguilar Cañabate, contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 y sus prórrogas, como luego se precisará. Por Auto de 4 de mayo de 2020 se inadmitió dicho recurso, con archivo de lo actuado en lo referente a dichas disposiciones.

**SEGUNDO.-** En ese mismo Auto de 4 de mayo de 2020 se tuvo por interpuesto, no obstante, recurso, por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales de la persona - del Capítulo I del Título V de la LJCA -, contra la Orden SND 370/2020, de 25 de abril, sobre las condiciones en las que deben desarrollarse los desplazamientos por parte de la población infantil durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

Se denegaron asimismo las medidas cautelares formuladas contra la Orden impugnada y se dio traslado al Abogado del Estado y al Ministerio Fiscal para que se pronunciaran sobre ellas en la pieza cautelar.

**TERCERO.-** En escrito registrado el 13 de mayo de 2020 el Ministerio Fiscal formula alegaciones en las que recuerda que su informe queda reducido, una vez inadmitido el recurso contra el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 y sus prórrogas, a la eventual adopción de las medidas cautelares solicitadas contra la Orden SND/370/2020, dado que la Sala también rechazó la pretensión formulada, como medida urgente o cautelarísima.

Cree el Fiscal que no procede la adopción de la medida de suspensión pedida por la parte actora ni tampoco la que plantea subsidiariamente, como medida positiva de que le dejen circular libremente con su hija.

Pone de relieve, en primer lugar, la falta de legitimación del recurrente respecto de su pretensión de comparar, a efectos de lo que invoca como una discriminación, la situación de los menores de 14 años, a los que se refiere, con menores de 18 años y mayores de 14 así como con los adultos.

Cree el Fiscal que, si se razonara como postula el actor, respecto de los adultos, se estaría ante lo que denomina un contra amparo, porque se ataca una medida pese a que se reconoce favorable a algunos menores de edad (los de menos de 14 años) en la comparación con los adultos que se propone.

No estaría legitimado el recurrente respecto de su denuncia de discriminación de los menores con los jóvenes en el tramo de edad de 14 a 18 años porque, como ya declaró esta Sala en el citado Auto de 4 de mayo de 2020, el recurrente dice ser padre de una hija de 9 años, por lo que no le afecta lo que acontezca con menores de 18 años y mayores de 14.

Tampoco está legitimado en su queja de que se limite el número de menores acompañados por un adulto a tres porque alega ser progenitor de una (sola) hija menor, sin que de su exposición se colija que esté afectado por la restricción impuesta a grupos de más de tres niños o niñas.

Considera además que, en caso de que la Sala no apreciase esa falta de legitimación, las restantes objeciones que el recurrente formula contra la Orden impugnada ("*la discriminación arbitraria y desproporcionada (...) sobre las personas que pueden acompañarles (a los menores) el tiempo de 1 hora, las franjas horaria y los lugares por*



el criterio de 1 km de distancia") adolecen de eficacia a efecto cautelar y no concurren respecto de ellas los requisitos que exige el artículo 130 LJCA para suspender.

Aduce el Ministerio Fiscal que el actor no ofrece ni un solo argumento a efectos de justificar un *periculum in mora* o una apariencia de buen Derecho que determine la procedencia de suspender (o " *subsidiariamente*" permitirle circular " *libremente*" con su hija menor).

Deja aparte la crítica del recurrente sobre el artículo 7 del Real Decreto de declaración de estado de alarma cuando razona que resulta propio de un estado de excepción, porque afecta a una norma que queda al margen del incidente, al no ser susceptible de control por este orden de jurisdicción.

También rechaza que, como se aduce, los niños deban salir a la calle en las mismas condiciones que los adultos ya que dicha afirmación no se justifica por sí misma, por no resultar improbable la incidencia diferente de la medida de confinamiento sobre un menor -sobre todo en edad propiamente infantil- con relación a un adulto y no apreciarse en qué medida afecta al *periculum in moradejar* cautelarmente sin efecto una medida favorable, que precisamente permite a los menores pasear, aunque sea con limitaciones.

Tampoco aprecia lógica en la pretensión de que se deje sin efecto una disposición que permite a los menores de 14 años salir acompañados de un adulto. Descarta que el actor pretenda que los niños salgan solos y no ve motivos para suspender por ese motivo específico la Orden Ministerial.

No aprecia tampoco que el actor haya justificado la existencia de *fumus boni iuris*, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala y respecto a la ponderación de intereses en juego cree que no se aduce mayor fundamento crítico que el de la propia opinión del actor, formulada en términos estrictamente apodícticos. En ese sentido el juicio de prevalencia de los derechos del recurrente sobre el interés general, que representa controlar la pandemia, no es correcto desde el punto de vista del Fiscal. La Sala en el Auto de 20 de abril de 2020 (Rec. 91/2020) ya tomó en consideración que existe un interés público propio de la acción administrativa -declaración del estado de alarma incluida - que se enfrenta a la pandemia causada por la Covid-19. En dicho contexto de pandemia esta Sala afirmó que no cuesta esfuerzo asociar a la misma el derecho fundamental a la integridad física y protección de la salud de todos y dijo que su preservación ha de ser el criterio principal a tener en cuenta. Cree el Fiscal que, a los efectos de una ponderación de los intereses en juego, no puede prevalecer sobre ese interés público un interés particular que, según el punto de vista del recurrente, existe en que el mismo pueda circular libremente con su hija y reunirse con sus amigos en su segunda residencia.

Pide en definitiva que no se acuerde la medida cautelar.

**CUARTO.-** La Abogada del Estado, en escrito de 11 de mayo de 2020, precisa que sus alegaciones se ciñen a la Orden 370/2000, con independencia de lo que se alega frente a los Reales Decretos de declaración del estado de alarma, ya que se ha inadmitido el recurso respecto de ellos por el Auto de la Sala ya citado de 4 de mayo de 2020.

Señala que lo único que se argumenta para solicitar la suspensión de la Orden impugnada, o de que se otorgue en forma subsidiaria la medida de reconocer el derecho del recurrente a circular con su hija menor de 9 años y a reunirse con sus amigos y desplazarse a su segunda residencia, es que la Orden discrimina a los menores comprendidos entre los 14 y los 18 años, a los que la misma no se refiere.

Cree que el actor carece de legitimación activa y procede que se abra trámite de inadmisión en la propia pieza de medidas cautelares, conforme al artículo 51 de la LJCA, que es aplicable a estos procedimientos, conforme a la doctrina de la Sala, de la que hace mérito.

No justifica el recurrente que actúe en favor de ningún menor de más de 14 años y menos de 18, por lo que actúa en defensa de un interés abstracto en favor de la legalidad. Así lo apreció la propia Sala en su Auto de 4 de mayo de 2020, que denegó la medida como cautelarísima.

Considera además que no procede adoptar la medida cautelar en ningún caso por no concurrir los requisitos legales para ello porque el propio interesado no alcanza a articular en su escrito de ampliación en qué consistiría el *periculum in mora*; los daños a que se refiere no son los derivados de la Orden que impugna sino de los Reales Decretos por los que se declara y prorroga el estado de alarma, para cuyo enjuiciamiento recuerda que la propia Sala ha declarado su falta de jurisdicción.

Si el daño para el recurrente es no poder salir a circular libremente con su hija, no es la Orden recurrida la que se lo produce, sino los Reales Decretos de estado de alarma, que la Orden ministerial atenúa en parte. Y, en caso de que existiese *periculum in mora*, la suspensión que se pide ocasionaría una notable perturbación de los intereses generales incluidos los de los propios menores incluido en el ámbito de aplicación de la Orden. No se justifica que exista apariencia de buen Derecho respecto de la suspensión de la Orden, conforme a los límites que marca la jurisprudencia de esta Sala.



La Orden ya permite salir al recurrente con su hija menor por lo que la medida que pide es innecesaria. Las demás medidas que pide con relación a la medida positiva que solicita, como los viajes a su segunda residencia, no guardan relación alguna con la Orden objeto del recurso.

Pide en consecuencia que se inadmita el recurso por falta de legitimación del recurrente y subsidiariamente que se desestime la pretensión cautelar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El Auto de la Sala recaído en esta misma pieza el pasado 4 de mayo de 2020 inadmite por falta de jurisdicción la impugnación de los Reales Decretos de declaración de estado de alarma, lo que afecta, como es obvio, al Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, de prórroga del estado de alarma (BOE núm. 115, del 25 de abril de 2020), que fue declarado por primera vez en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Por ello ha quedado reducida la impugnación que se formula en el recurso únicamente a la Orden SND 370/2020, de 25 de abril (BOE núm. 116, del mismo día 25 de abril de 2020), que versa sobre las condiciones en las que deben desarrollarse los desplazamientos por parte de la población infantil durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por la enfermedad causada por el acrónimo COVID-19 ("Coronavirus Disease 2019").

**SEGUNDO.-** Nos pronunciamos ahora sobre la petición de suspensión cautelar de la eficacia de dicha Orden y sobre la medida positiva subsidiaria de que se reconozca cautelarmente al recurrente "como situación jurídica individualizada su derecho a circular libremente con su hija menor y a reunirse con sus amigos y familiares en sus casas y a desplazarse a su segunda residencia sita en la localidad de DIRECCION000 (Girona), dejando sin efecto la limitación de edad de 14 años fijada en el Real Decreto 492/2020".

**TERCERO.-** La pretensión de que suspendamos cautelarmente la eficacia de la Orden SND 370/2020, de 25 de abril, tiene como fundamento el planteamiento del recurrente que reivindica su derecho de libertad, connatural a nuestro Estado social y democrático de Derecho ( artículo 1.1 CE), y por ello una mayor libertad que la que resulta de la limitación que produce el actual estado de alarma; solicita así que le reconozcamos plena libertad de circulación y de reunión para él y para su hija menor de 9 años.

En tales circunstancias tiene razón el Ministerio Fiscal cuando pone de manifiesto que, si acordásemos la medida cautelar en los términos que nos pide, y suspendiésemos la eficacia de la Orden SND 370/2020, empeoraríamos en forma paradójica la situación del actor.

Debe notarse que una suspensión de la Orden impugnada dejaría en vigor, necesariamente, el artículo 7.2 del Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, de prórroga del estado de alarma que ha sido declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Así ocurriría, dada la modificación que su Disposición final primera hace del artículo 7, añadiéndole un apartado 2, en el que se dispone que los menores de 14 años podrán acompañar a un adulto responsable de su cuidado, pero sólo cuando éste realice alguna de las actividades previstas en el apartado 1 del mismo artículo 7. La Orden que se impugna en este recurso, pese a estar publicada el mismo día 25 de abril de 2020 en el BOE, y contener las limitaciones de las que se hace queja, es menos restrictiva de los derechos de los menores de 14 años que el Real Decreto 492/2020, ya que permite a los niños a los que afecta un paseo diario de un máximo de una hora de duración y a una distancia de un kilómetro de su domicilio. Si la petición de suspensión fuera atendida desaparecería esa ampliación y habría que estar al nuevo artículo 7.2 de declaración de estado de alarma, lo que iría en perjuicio del actor, en lo que el Fiscal llama un contra amparo, razón que justifica denegar en este punto la pretensión.

Y es que debe recordarse que, como ya hemos declaramos en el citado Auto de la Sala del pasado 4 de mayo, carecemos de jurisdicción para enjuiciar la limitación a menores de 14 años que establece el repetido artículo 7.2 conforme al nuevo RD 492/2020, ya que la misma se contiene en un Real Decreto de prórroga del estado de alarma controlado por el Congreso de los Diputados. Por ello tiene razón la Abogada del Estado cuando razona que, en realidad, las limitaciones de que se queja el recurrente provienen más de los Reales Decretos de declaración y prórroga de la alarma que de la Orden SND 370/2020 que se impugna.

**CUARTO.-** Se queja también el recurrente del objeto mismo de la Orden impugnada y de su proporcionalidad en los siguientes extremos.

Establece ésta las condiciones en las que los niños y niñas podrán realizar desplazamientos fuera del domicilio durante la vigencia del estado de alarma y sus posibles prórrogas, y dice que a efectos de lo previsto en esa Orden se entenderá por niños y niñas las personas menores de 14 años ( artículo 1). Se aduce que, al considerar niños a los menores de catorce años, la disposición produce una discriminación por edad prohibida en el artículo 14 CE, porque no se puede dejar marginados a los menores comprendidos entre los 14 y los 18 años.



Tampoco puede prosperar la suspensión con este razonamiento porque el actor dice, y la Sala acepta, que es padre de una niña menor de 9 años, pero no invoca ni justifica su legitimación respecto de los menores (de 14 a 18 años) respecto de los que predica y afirma el trato discriminatorio. No existe acción popular en nuestro Derecho para reclamar la protección de derechos fundamentales ajenos respecto de los que no se acredita la concurrencia de un interés legítimo propio (por todas STC 220/2006, de 3 de julio FJ 8), por lo que la queja no puede ser atendida, al menos en este momento procesal, sin perjuicio de lo que pueda alegarse a lo largo del proceso.

Por las mismas razones, tras alegar el actor una hija (sola) de 9 años procede rechazar, también en este momento, su queja sobre las limitaciones al paseo diario que, según el artículo 3.1 de la Orden debe realizarse " *como máximo en grupos formados por un adulto responsable y hasta tres niños o niñas*", porque no se justifica tampoco que ese límite, al margen de su mayor o menor proporcionalidad, pueda afectarle, y que esté provisto de un interés legítimo para atacarlo en ese extremo.

**QUINTO.-** En lo demás la propia Orden SND/370/2020, de 25 de abril, establece en su artículo 2 la posibilidad de que los niños y niñas salgan de sus domicilios y den un paseo diario de una hora de duración y con una distancia de un kilómetro, mediante la adopción de las medidas de seguridad y protección que pormenoriza.

En respuesta a los restantes alegatos que se nos formulan puede compartir la Sala, que atiende a que se nos invocan derechos fundamentales, que existe interés público en que la hija del actor pueda circular libremente y que, en caso de una hipotética sentencia estimatoria, ese interés no quedaría totalmente satisfecho, por lo que se puede admitir que existe un riesgo de mora procesal.

Sin embargo, el recurrente solicita como medida cautelar positiva que se le permita circular libremente con su hija menor, reunirse con sus amigos y desplazarse con dicha hija a una segunda residencia que dice poseer en la localidad gerundense de DIRECCION000 .

Atendiendo a las alegaciones que formula, y en una ponderación de los intereses en presencia, hay que prever que, en caso de que accediéramos a la pretensión que se formula, existirían riesgos de contagio por la enfermedad del llamado Covid-19 que el propio recurrente no niega ni desconoce. Esos contagios irrogarían daños que podrían afectar en forma indudable a la integridad física del recurrente, a su propia vida, a la de su hija o a la de terceros.

De esa afirmación, que no se enerva en las circunstancias de crisis sanitaria que existe en la actualidad, entran en consideración y ponderación necesaria otros derechos fundamentales, como el de la integridad física y el derecho a la vida ( artículo 15 CE) que consideramos son prevalentes y superiores a la libertad de circulación o de reunión que se invoca.

La misma posibilidad de salidas de menores que establece la Orden impugnada, aun con limitaciones, nos lleva a denegar la pretensión que se formula, al afirmar además que es posible para esta Sala resolver en sentencia sobre el fondo de la cuestión que se nos plantea en un plazo razonable.

**SEXTO.-** Sin costas, porque no apreciamos razones para imponerlas ( artículo 139.1 LJCA).

## PARTE DISPOSITIVA

### LA SALA ACUERDA:

1º) Denegar la suspensión y la medida cautelar positiva solicitada contra la Orden SND 370/2020, de 25 de abril, sobre las condiciones en las que deben desarrollarse los desplazamientos por parte de la población infantil durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

2º) Sin costas.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.