



Roj: **ATS 2448/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2448A**

Id Cendoj: **28079130042020200033**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **22/04/2020**

Nº de Recurso: **98/2020**

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: 22/04/2020

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Nº: REC.ORDINARIO(c/d)-98/2020

Fallo/Acuerdo:

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

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras-

Transcrito por:

Nota:

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Num.: REC.ORDINARIO(c/d) - 98/ 2020

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras-

## **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

D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D<sup>a</sup>. María del Pilar Teso Gamella



D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 22 de abril de 2020.

Esta Sala, con la composición arriba indicada, ha visto la solicitud de medida cautelarísima previa a la interposición de recurso ( artículo 136.2 de la LJCA) formulada por el **Procurador don Eduardo Codes Feijoo**, en nombre y representación de don Pablo Jesús de doña Esmeralda , don Ambrosio don Anibal y don Cosme quienes manifiestan que intervienen en su propio nombre y Derecho y también como integrantes de la entidad carente de personalidad jurídica, plataforma cívica "Tu voz es tu derecho". Actúan bajo la dirección letrada de don **Andrés Sanchis Nebot**.

En el suplico de su escrito, y mediante otrosí, se solicita literalmente que, " *con carácter de urgente, por el servicio público de Sanidad, con cargo al mismo (o en su caso a las dependencias públicas propias de cada comunidad) y en un plazo no superior a 4 días, se realice el "TEST PCR" que permita conocer el ACTUAL estado de salud de todos y cuantos lo soliciten, y como protección del derecho de acceso al trabajo y en salvaguarda del de salud*".

En forma, subsidiaria se pide acordar esta medida sólo en favor de los recurrentes.

Se interesa que se entienda el incidente con el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por escrito que tuvo entrada en la Sala el 20 de abril de 2020 comparece ante ella el Procurador don Eduardo Codes Feijoo. Manifiesta que actúa en nombre y representación del abogado don Pablo Jesús , de doña Esmeralda , empresaria, de don Ambrosio , trabajador por cuenta propia, don Anibal , empresario y don Cosme , empresario, quienes, dice, intervienen en su propio nombre y Derecho y, asimismo, ( artículo 18 LJCA) como integrantes de la entidad carente de personalidad jurídica, plataforma cívica " *Tu voz es tu derecho*", bajo la dirección letrada del abogado del Colegio de Valencia don Andrés Sanchís Nebot.

Se refieren al Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, que prorrogó el estado de alarma ya declarado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia del virus denominado COVID-19 y piden que les concedamos con carácter de máxima urgencia e " *inaudita parte*" el derecho a que por el servicio público de Sanidad, y a su cargo, o en su caso por las dependencias públicas propias de cada Comunidad Autónoma, y en un plazo no superior a 4 días, se realice el denominado "TEST PCR" que permita conocer el actual estado de salud de todos y cuantos lo soliciten, y como protección del derecho de acceso al trabajo y en salvaguarda del de salud o, subsidiariamente, que se acuerde esta medida sólo a favor de los expresados demandantes.

**SEGUNDO.-** Como fundamentos de hecho indican que el Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/ 2020, de 14 de marzo, hasta las 00:00 horas del día 26 de abril de 2020 con las mismas condiciones establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo y que, conforme a la habilitación contenida en el artículo 4.3. del expresado Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se disponen medidas excepcionales en materia de obras de intervención en edificios existentes, que describe, considerando que limitan y restringen de forma radical derechos de rango fundamental contraviniendo el art. 55 de ka CE ya que se abarcan bajo dicha cobertura legal, aspectos formales propios del estado de excepción y que no responden en cuanto a su trascendencia real a lo que se regula en la ley orgánica 4/1.981 para el estado de alarma.

Aducen que la competencia para resolver es del Gobierno de España (art. 7), el cual debe llevar a cabo lo que resulta procedente para preservar los derechos que reclama. Subrayan que, de acuerdo al Real Decreto que declara el estado de alarma el acceso al derecho al trabajo queda restringido hasta el punto de reducirlo a las actividades que el gobierno declara como "esenciales", impidiendo con ello un acceso libre y reglado a las propias de una economía de mercado, a las que debió ajustarse la declaración de estado de alarma.

Dicho derecho de acceso al trabajo queda condicionado a la primacía del derecho a la protección de la salud.

Crean que es un hecho notorio, y por ello no necesitado de prueba, que evitar la transmisión del virus COVID-19 y ejercer un control efectivo que impida su contagio, solo será posible conociendo quiénes han padecido, padecen o pueden padecer dicho virus. Conforme criterios médicos aceptados y avalados por informe de la OMS eso es posible dotando a la Sanidad Pública de los mecanismos necesarios para que la población pueda acceder a los denominados "TEST PCR" y con su resultado adoptar las medidas necesarias para la prevención y control del mismo. Lo que adquiere especial relevancia cuando en la orden SND/340/2.020 se levanta la



restricción total del acceso al trabajo y se permite acceder a determinadas actividades que el gobierno no considera esenciales.

Aportan dos informes que a su entender así lo adveran, como documentos nº. 1 y 2.

El primero es un escrito breve de una persona que se dice doctor en Ciencias de la Información de la UCM y que se titula "la "mentira oficial" como concepto de información en la era Covid-19: Del "think tank" al "Dont think, thanks"" y el segundo un documento de 8 páginas de extensión, firmado por un doctor en medicina, que ofrece información básica sobre el COVID-19 y recomienda la práctica de tests.

Por todo ello los recurrentes entienden urgente y necesaria la adopción de la medida provisional consistente en reconocer que por el servicio público de Sanidad, con cargo al mismo (o en su caso a la dependencias públicas propias de cada comunidad) y en un plazo no superior a 4 días, se realice el "TEST PCR" que permita conocer el actual estado de salud de todos y cuantos lo soliciten, y como protección del derecho de acceso al trabajo y en salvaguarda del de salud. Invocan el art. 43-2 CE, en concordancia con el art. 35 de la Norma Fundamental, y preservando el contenido de los arts. 14 y 24 de la C.E. conforme lo reglado en los artículos 1 y 12 de la ley 14/1.986 de 25 de abril de Sanidad y 6 y 19 de la Ley 33/2.011 de 4 de octubre, General de Salud Pública.

**TERCERO.-** Como fundamentos de Derecho justifican su legitimación en que los recurrentes son ciudadanos españoles que pueden exigir que se les preserve su derecho a la salud, y se le garantice su derecho al trabajo y que están adornados del interés legítimo del art. 24 CE porque, de prosperar su pretensión estarían en una posición de ventaja o de utilidad jurídica que se materializaría ya lo sea como personas físicas o como colectivo capacitado procesal y legítimamente para ejercitar una acción popular, ya que por su formación profesional y empresarial, se les niega el acceso al trabajo bajo unas medidas adoptadas al socaire de una norma legal que no permite la limitación y restricción de los derechos que recoge. Dicen que existe peligro de mora procesal, ya que no estimarse esta medida, los efectos serían perniciosos para los derechos cuya protección se interesa. Piden en fin que se les exonere de prestar caución sin perjuicio de que estimarla, así se haría.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La pretensión de que se ha dado cuenta en el extracto de antecedentes se formula antes de la interposición del recurso, conforme a lo que autoriza, en forma muy excepcional, el artículo 136.2 LJCA en los supuestos de los artículos 29 y 30 de la misma Ley de este orden jurisdiccional, para que se conceda, en su caso, conforme al artículo 135 de la LJCA, la medida cautelarísima indicada.

Apreciamos que no se hace referencia alguna en el escrito presentado acerca de porqué o cómo se tendría derecho, conforme al artículo 29.1 LJCA, a la prestación de "test PCR" que se pide en forma cautelarísima ni de que se haya reclamado previamente a la Administración, con éxito o sin él, la prestación que ahora se solicita.

Dejamos aparte no obstante esas cuestiones, así como el cumplimiento de los requisitos de postulación, para apreciar en forma razonada que es clara la improsperabilidad de la pretensión que se nos formula. Esta es, al menos en este momento procesal, evidente y no subsanable, lo que debe determinar que deneguemos la medida cautelarísima solicitada.

**SEGUNDO.-** No justifican los demandantes que su posición les adorne de un interés, ni de que éste sea el interés legítimo idóneo para recurrir en el caso. La condición de ciudadanos españoles, que dicen ostentar, no es índice de un interés legitimador para acceder a un proceso de estas características, en lo que se refiere a la pretensión que formulan en su propio nombre, ni hay tampoco acción popular en lo que parecen solicitar para el común de los ciudadanos. El artículo 125 de la CE sólo la reconoce en los procesos penales y el artículo 19.1 LOPJ exige que esté reconocida en una norma procesal con rango de Ley, que ni se invoca ni existe en la materia sanitaria de que se trata.

**TERCERO.-** La improsperabilidad de la pretensión es, si cabe, más evidente cuando se anuncia la interposición de un procedimiento especial de amparo judicial ordinario para la protección de derechos fundamentales y, éste, en el Derecho español -que es uno de los más avanzados del Derecho comparado- sólo procede cuando se invoca formalmente alguno de los preceptos previstos en el artículo 53.2 CE entre los que, como es de general conocimiento, no se encuentran el artículo 35.1 CE ni el artículo 43.1 CE, que son los que nos invocan los recurrentes (Por todos ATC 388/1982, de 10 de diciembre, FFJJ 2, 3 y Fallo).

No enerva esta apreciación la mera cita del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, porque éste se satisface plenamente cuando los órganos judiciales pronunciamos una decisión denegatoria que, a su vez, sea respetuosa con el contenido esencial del derecho fundamental ( Auto de esta Sala de 2 de abril de 2014 (Rec 510/2013) y las sentencias que en él se citan). Todo ello sin prejuzgar en modo alguno, como es lógico, lo que en su caso podríamos acordar en un futuro recurso.



Tampoco basta una referencia desnuda al artículo 14 de la CE, porque ni se relaciona en forma alguna con los derechos citados de los artículos 35 y 43 CE ni se aduce una discriminación que, a la vista del escrito y de los documentos -escuetos e insuficientes- que se aportan, no alcanza a apreciar esta Sala.

Bastará añadir que no se hace ningún alegato sobre la urgencia que sienten los recurrentes para solicitar la realización de los test PCR que piden para sí mismos para desestimar en este momento las medidas cautelarísimas que nos solicitan.

Finalmente añadiremos que las observaciones críticas sobre la declaración del actual estado de alarma no merecen atención porque, además de que no se impugnan los Reales Decretos de declaración -caso de que, como mera hipótesis dialéctica, ello fuera posible- la solicitud de suspensión de la vigencia de una disposición general sólo se puede hacer en el escrito de interposición o demanda ( artículo 129.2 LJCA) y nunca en el trámite excepcional del artículo 136.2 LJCA, en el que nos encontramos.

Cumple en definitiva denegar la medida solicitada, sin perjuicio de que los recurrentes interpongan libremente su recurso en el plazo de diez días, si conviniera a su Derecho.

**CUARTO.-** No procede hacer pronunciamiento de costas, por no haberse ocasionado ninguna actuación procesal de contrario y no apreciarse temeridad o mala fe, dadas las circunstancias excepcionales en las que se ha formulado la pretensión.

En mérito de lo expuesto

#### **PARTE DISPOSITIVA**

##### **LA SALA ACUERDA:**

No dar lugar a la adopción de la medida solicitada con el carácter de cautelarísima, "inaudita parte," y con carácter previo a la interposición del recurso, por el Procurador don Eduardo Codes Feijoo en la representación que ostenta, sin perjuicio de que interponga recurso en el plazo de diez días, si conviene a su derecho.

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