

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SEDE GRANADA
SECCIÓN PRIMERA
RATIFICACIÓN JUDICIAL DE MEDIDAS Nº 2260/2021**

AUTO nº

Ilmo. Sr. Presidente:
Don Jesús Rivera Fernández
Ilmos. Sres. Magistrados
Doña María Salud Ostos Moreno
Don Miguel Pardo Castillo (ponente)

Granada, a quince de diciembre de dos mil veintiuno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación legal de Administración autonómica presentó en fecha de 14 de diciembre de 2021 solicitud de ratificación judicial de la «Orden por la que se establece la medida preventiva de Salud Pública relativa al Certificado Covid-19 o prueba diagnóstica para el acceso al espacio interior de establecimientos de hostelería, ocio y esparcimiento».

SEGUNDO.- Se confirió traslado al Ministerio Fiscal, quien informó en el día de la fecha en sentido favorable a la ratificación de la medida.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Objeto de la solicitud de ratificación judicial.

La Comunidad Autónoma de Andalucía, al amparo del artículo 10.8 de la LJCA, introducido en la reforma operada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, solicita la ratificación judicial de la «Orden por la que se establece la medida preventiva de Salud Pública relativa al Certificado Covid-19 o prueba diagnóstica para el acceso al espacio interior de establecimientos de hostelería, ocio y esparcimiento».

SEGUNDO.- Competencia de la Sala.

La competencia de esta Sala trae causa de los preceptos introducidos por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

En concreto, en el artículo 10.8 de la LJCA se establece que corresponderá a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente. Y en el art. 122 *quater* del mismo texto legal se indica que en la tramitación de las autorizaciones o ratificaciones a que se refieren los artículos 8.6, segundo párrafo, 10.8 y 11.1.i) de la presente Ley será parte el Ministerio Fiscal.

En el supuesto objeto de estudio, no cabe duda de que los destinatarios no están identificados individualmente, pues la medida se encuentra dirigida con carácter general a todas las personas mayores de 12 años que pretendan acceder al espacio interior de los establecimientos de hostelería, y de ocio y esparcimiento, definidos de conformidad con lo dispuesto respectivamente en los epígrafes III.2.7 y III.2.8 del Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por el Decreto 155/2018, de 31 de julio, y establecimientos asimilados a este epígrafe, conforme a su disposición adicional novena.

Los citados epígrafes definen, respectivamente, los establecimientos de hostelería y los establecimientos de ocio y esparcimiento. En cuanto a los «establecimientos asimilados a este epígrafe, conforme a su disposición adicional novena», dada su dicción literal y el uso de singular entendemos que pudiera referirse únicamente a los asimilados al epígrafe III.2.8, esto es, establecimientos de esparcimiento, establecimientos de esparcimiento para menores y Salones de Celebraciones, conforme a los apartados 19, 20 y 21 de la citada disposición adicional novena. En todo caso, aunque se entendieran incluidos los establecimientos asimilados al epígrafe III.2.7, que serían los contemplados en los apartados 17 y 18 de la citada disposición adicional — establecimiento de hostelería sin música y establecimientos especiales de hostelería con música— en nada afectaría al núcleo de la cuestión sometida a ratificación, dada la indudable similitud de las condiciones que concurren en tales establecimientos en cuanto interesa al presente procedimiento.

La ratificación es solicitada por la Junta de Andalucía quien, según argumenta en su solicitud, la medida reviste carácter urgente y necesario para la salud pública.

Razones por las que, en definitiva, debe reconocerse la competencia de este Tribunal.

TERCERO.- Ámbito del presente procedimiento.

El objeto del presente procedimiento viene determinado por la solicitud de ratificación judicial de la medida adoptada en la precitada orden.

También hemos de aclarar que la ratificación judicial de la medida en ningún caso alcanza a la declaración de conformidad a derecho de la misma, sino que el pronunciamiento en este trámite, de cognición reducida, se limita a determinar si la medida de que se trata restringe o limita derechos fundamentales; si tiene cobertura constitucional y la adopta el órgano competente; y si respeta los parámetros de justificación, idoneidad y proporcionalidad exigidos por la jurisprudencia en esta materia.

Cualquier otro aspecto que pueda incidir en la legalidad de la medida acordadas deberá hacerse valer a través del recurso contencioso-administrativo correspondiente. La presente

resolución, se insiste, en ningún caso implica un juicio directo o indirecto acerca de la conformidad a derecho del resto de cuestiones que pudieran suscitarse frente a la orden cuya ratificación se solicita.

CUARTO.- Fondo del asunto.

a) Objeto del procedimiento de ratificación.

El texto de la orden cuya ratificación se solicita es el siguiente:

«Artículo único. Medida preventiva de salud pública, relativa al certificado Covid-19 o prueba diagnóstica para el acceso al espacio interior de establecimientos de hostelería, ocio y esparcimiento.

1. Las personas mayores de 12 años podrán acceder al espacio interior de los establecimientos de hostelería, y de ocio y esparcimiento, definidos de conformidad con lo dispuesto respectivamente en los epígrafes III.2.7 y III.2.8 del Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por el Decreto 155/2018, de 31 de julio, y establecimientos asimilados a este epígrafe, conforme a su disposición adicional novena, siempre que dispongan de un certificado emitido por el servicio público de salud o por un laboratorio autorizado en el caso del párrafo b) siguiente, que acredite la concurrencia de cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) Que recibieron la pauta completa de una vacuna contra la Covid-19 para la cual se concedió una autorización de comercialización, de conformidad con el Reglamento (CE) 726/2004.

b) Que disponen de una prueba diagnóstica negativa realizada en las últimas 72 horas, en el caso de las PCR, y 48 horas, en el caso de los test de antígenos. En el caso de los test rápidos de antígenos, deberán estar enumerados en la lista común y actualizada de test rápidos de antígenos de la Covid-19 establecida sobre la base de la Recomendación 2021/C 24/01, del Consejo de Europa.

c) Que se recuperaron de una infección por el SARS-CoV-2 en los últimos 6 meses. Para ello, la persona deberá haber sido diagnosticada como caso confirmado de la Covid-19 hace 11 días o más, mediante una prueba PCR, no siendo válido otro tipo de test.

2. Será imprescindible para acceder a los establecimientos previstos en el apartado anterior, la acreditación documental tanto de la identidad de la persona, como de la concurrencia de cualquiera de las tres circunstancias previstas en el mismo.

3. La exigencia establecida en el apartado 1 no serán aplicables para el acceso a personas menores de 12 años a aquellos establecimientos a los que no tengan limitado el mismo por su clasificación. Asimismo, la aplicación de esta medida no amparará el acceso de personas mayores de 12 años a establecimientos a los que tengan limitado su acceso conforme a la normativa vigente.

4. Al objeto de procurar la máxima garantía de privacidad e intimidad de las personas, la información a la que se refiere el apartado 1 junto con el documento acreditativo de su identidad, solamente podrá ser solicitada a los efectos de su mera comprobación o verificación. No se conservarán en ningún caso, datos de carácter personal sanitario ni se crearán ficheros con ellos.

En todo caso, el personal que pueda tener acceso o conocimiento de la información está obligado a mantener el secreto y la confidencialidad sobre los datos personales a que acceda, de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal.

5. En estos establecimientos se colocará un cartel informativo al público, sobre el carácter necesario de esta documentación para el acceso al mismo, así como sobre la no conservación de los datos personales sanitarios acreditados.

6. La puesta en funcionamiento de la medida y su control respetarán, en todo caso, la dignidad de la persona. Las actuaciones de comprobación serán lo menos intrusivas e invasivas que sea posible para lograr el objetivo de protección de la salud pública, procurando reducir al mínimo las molestias o inquietudes asociadas con la medida.

7. En cumplimiento de los principios de necesidad y de proporcionalidad, la medida prevista en esta Orden será objeto de seguimiento y evaluación continua por el Consejo Asesor de Alertas de Salud Pública de Alto Impacto de Andalucía con el fin de garantizar su adecuación a la evolución de la situación epidemiológica y sanitaria y de cobertura vacunal.

Disposición final primera. Ratificación judicial.

De conformidad con el artículo 41 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, dese traslado al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía en orden a solicitar la ratificación judicial de aquellas medidas que puedan restringir o limitar derechos fundamentales, de conformidad con lo previsto en el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Disposición final segunda. Régimen sancionador.

El incumplimiento de la medida de prevención de salud pública de la presente orden quedará sujeto al procedimiento de la actividad inspectora y al régimen sancionador establecidos en el Decreto-ley 21/2020, de 4 de agosto, por el que se establece el régimen sancionador por el incumplimiento de las medidas de prevención y contención aplicables en Andalucía ante el Covid-19.

Disposición final tercera. Efectos.

La presente orden, tras la correspondiente ratificación judicial, surtirá efectos desde la publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía hasta las 00:00 horas del día 15 de enero de 2022.»

b) Motivación de la orden.

El preámbulo de la orden justifica la proporcionalidad y necesidad de la medida, en resumen, con base en los siguientes apartados, que pasamos a transcribir parcialmente:

«Mediante Orden de 3 de diciembre de 2021 se ha establecido la medida preventiva de salud pública relativa al Certificado Covid-19 o prueba diagnóstica para el acceso a centros sanitarios con internamiento y centros sociosanitarios de carácter residencial al considerar que son establecimientos donde se desarrollan actividades esenciales y que requieren de una especial atención en cuanto a transmisión de esta enfermedad, ya que el acaecimiento de brotes en ellos

impacta no solo en los casos específicos, sino que afecta al propio funcionamiento de los hospitales o centros, a su capacidad de prestación sanitaria y social, pudiendo conllevar el cierre de zonas y afectando a un personal tan esencial como son los profesionales sanitarios y sociosanitarios que en ellos trabajan.

No obstante, ante la situación epidemiológica actual, el Consejo de Alertas de Salud Pública de Alto Impacto, en su reunión del día 9 de diciembre de 2021, ha realizado una valoración de la situación y ha considerado proponer la medida de que sólo puedan acceder a un espacio interior de un establecimiento público con actividad de hostelería u ocio nocturno, es decir, salas de fiesta, discotecas y similares, las personas mayores de 12 años que dispongan de Certificado Covid de vacunación o Certificado Covid de recuperación, o prueba diagnóstica emitida por el servicio público de salud o por un laboratorio autorizado, por considerarse estos espacios y actividades de mayor riesgo de transmisión. Esta exigencia de certificado parece coherente que no se aplique a menores de 12 años dada la imposibilidad hasta la fecha que ha tenido este grupo de población para acceder a la vacunación a diferencia del resto de los grupos etarios.

En Andalucía, después de la quinta ola de la enfermedad, con un pico de máxima incidencia en la semana epidemiológica 30 (del 25 al 31 Julio de 2021) con una incidencia de 694,4 casos diagnosticados en 14 días por 100.000 habitantes, de intensidad moderada en relación a las olas anteriores, se ha producido un descenso continuo de la incidencia hasta el día 13 de octubre de 2021 (semana 41) con una incidencia de 31,7 casos diagnosticados en 14 días por 100.000 habitantes. A partir de dicha fecha se está produciendo un ascenso lento, pero continuado de la incidencia hasta una incidencia de 150,55 casos diagnosticados en 14 días por 100.000 habitantes, lo que supone una mayor posibilidad de nuevas transmisiones.

Igualmente es de resaltar que los tramos etarios de 30 a 39 años y de 40 a 49 superan la tasa media de incidencia en Andalucía, siendo actualmente los dos tramos etarios con mayor tasa de incidencia a 14 días, únicamente por debajo del tramo etario no vacunado (de 0 a 12 años) y que han casi triplicado su tasa en una semana.

Por ello es necesario y oportuno adoptar medidas de escala significativa y progresiva, que permitan mitigar la transmisión del coronavirus en este momento epidemiológico con tendencia ascendente en aquellos escenarios que presentan un riesgo comparativamente mayor de transmisión como son los establecimientos con actividad de hostelería u ocio nocturno, es decir, salas de fiesta, discotecas y similares, lugares en que es necesario quitarse la mascarilla para realizar la consumición y donde las personas socializan e interactúan en un mayor nivel que en cualquier otro espacio.

La disminución de la transmisión de la Covid-19 en la población conforme aumenta la cobertura vacunal es algo que ha quedado constatado durante este año 2021 en nuestra Comunidad Autónoma, conforme se iban incorporando grupos poblacionales o grupos etarios a la campaña de vacunación. Asimismo, se han aportado ya estudios en los que se concluye que la condición de vacunado disminuye la probabilidad de transmisión.

Por ello, la exigencia del certificado Covid-19 o prueba diagnóstica en personas que acuden a estos establecimientos facilita la prevención de infecciones y, en consecuencia, puede evitar la aparición de brotes en los mismas. Las personas sin inmunidad tienen mayor probabilidad de infectarse y de ser transmisores con mayor carga viral que las personas con inmunidad, lo que justifica que se evite el acceso de éstas a los lugares considerados de alto riesgo de exposición.»

c) Base legal de la medida solicitada.

Con carácter preliminar, cumple entrar en el análisis de la existencia de cobertura legal para la adopción por parte de la autoridad sanitaria autonómica de la medida cuya ratificación se solicita.

La STS (Contencioso), sec. 4ª, de 24-05-2021, nº 719/2021, rec. 3375/2021, tras la transcripción literal de los artículos 3 de la LO 3/1986, 26 de la Ley 14/1986 y 54 de la Ley 33/2011, concluye que tales preceptos ofrecen suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales.

Esta sentencia del Alto Tribunal señala que hubiera sido deseable una regulación más específica para afrontar los problemas jurídicos que ha suscitado la pandemia (como igualmente hizo el Consejo de Estado en el dictamen elaborado respecto del recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 8/2021, y numerosos Tribunales Superiores de Justicia, con argumentos que esta Sección comparte íntegramente), y aclara que será necesario examinar cada medida y proceder a una detenida valoración conforme a los criterios extraídos de los preceptos anteriormente indicados.

Más concretamente, será preciso someter a enjuiciamiento su adecuación, necesidad y proporcionalidad.

En cuanto al objeto de la presente solicitud de ratificación, es inevitable la cita de la STS (Contencioso), sec. 4ª, de 14-09-2021, nº 1112/2021, rec. 5909/2021, que ratificó una medida idéntica en el ámbito del ocio nocturno. En la misma, se aclara que a pesar del «escueto contenido» del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, en coherencia con los demás leyes que anteriormente hemos hecho referencia, resulta suficiente como norma de cobertura de las medidas sanitarias que comporten limitaciones de derechos fundamentales, con más razón respecto de una restricción que es calificada por la sentencia como de «carácter liviano».

Además de la normativa estatal y la doctrina jurisprudencial que la complementa, debe resaltarse igualmente el derecho autonómico.

El artículo 55.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía establece que corresponde a la Administración autonómica la competencia compartida en materia de sanidad interior y, en particular, sobre la ordenación y ejecución de las medidas destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos.

Con base en dicha competencia, se dictó la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, que en sus artículos 21 y 62.6 expresa que corresponderán a la Consejería de Salud, en el marco de las competencias atribuidas a la Junta de Andalucía, entre otras, la adopción de medidas preventivas de protección de la salud cuando exista o se sospeche razonablemente de existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud.

La Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía, en fin, expresamente contempla la situación de riesgo para la salud pública derivado de la situación sanitaria de una persona o grupo de personas, como presupuesto habilitante para la adopción de las medidas necesarias para limitar esos riesgos, de acuerdo con la citada Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

Por cuando antecede, hemos de afirmar la existencia de base legal para la adopción de la medida que nos ocupa, no obstante el necesario análisis acerca de su justificación con base en la proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la misma.

d) Limitación de derechos fundamentales.

Siguiendo en este apartado lo razonado en la citada STS (Contencioso), sec. 4ª, de 14-09-2021, nº 1112/2021, rec. 5909/2021, la medida que nos ocupa podría llevar aparejadas limitaciones sobre los derechos fundamentales a la igualdad (artículo 14), a la intimidad (artículo 18.1) y a la libre circulación de personas (artículo 19). Si bien, no cabe perder la perspectiva de que el fin último de la medida es la salvaguarda del derecho fundamental a la vida (artículo 15), y la protección de la salud (artículo 43) en una situación como la pandemia por Covid-19.

Respecto de la eventual lesión del derecho a la igualdad, no es sostenible que exista una situación de discriminación entre los vacunados y los que no lo están. La documentación exigida reviste una triple modalidad asequible para todos, de modo que si alguna persona no quiere mostrar si ha sido vacunado —habida cuenta el carácter voluntario de la vacuna— siempre podrá presentar el resultado de la prueba PDIA o el test de antígenos, y desde luego el certificado de recuperación de la Covid-19 si ha pasado la infección.

Pero aun asumiendo que existiera la citada situación de discriminación, concurre una justificación objetiva y razonable, pues se trata de la protección de la salud y la vida de las personas a través de la adopción de una medida que evita o restringe la propagación de la pandemia. Por esta razón, las situaciones comparables —vacunados y no vacunados— no son homogéneas por sus graves efectos respecto de la salvaguarda del derecho a la vida, a la integridad física y la protección de la salud.

En lo referente a la vulneración del derecho a la intimidad, el Alto Tribunal concluye que no es sostenible el carácter prevalente del citado derecho fundamental respecto de los bienes jurídicos que pretenden protegerse. Además, la información acerca de si se ha recibido la vacuna, en el contexto de una grave pandemia, constituye una pieza básica para impedir la propagación de la infección por el SARS-CoV-2, y, por tanto, de la preservación de la vida y la salud de todos. Aunque se trate de una información de carácter médico, el fin último de la medida *«devalúa la preeminencia de la intimidad»*.

Para concluir, la tan citada sentencia explica que mayor incidencia pudiera tener la medida respecto del derecho fundamental a la libre circulación de las personas. Pero igualmente descarta que esta vulneración deba conducir a la no ratificación de la medida, entre otras razones, por la vigencia del derecho comunitario. En particular, razona que tal exigencia de exhibición de documentación ha sido implantada por el Reglamento (UE) 2021/953, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado Covid digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia Covid-19.

En el Reglamento se indica que resulta conforme con el Derecho de la Unión que los Estados miembros puedan limitar el derecho fundamental a la libre circulación por motivos de salud pública. Y prueba de ello es que medidas similares han sido autorizadas, incluso con mayor amplitud, en otros países de la UE, como sucede en el caso de Francia, tras la Decisión nº 2021-824

DC de 5 de agosto de 2021, del Consejo Constitucional.

De igual modo, hemos de citar la muy reciente STS (Contencioso), sec. 4ª, de 1-12-2021, nº 1412/2021, rec. 8074/2021, que analiza la eventual incidencia de idéntica medida respecto de otros derechos fundamentales. Concluye que el derecho de reunión no supone la facultad de ejercerlo en cualquier lugar y circunstancia, ni, desde luego, es obstáculo a que se pida este documento para acceder a locales de las características expuestas en las condiciones de pandemia existentes. E iguales consideraciones cabría realizar respecto de las libertades de circulación y expresión artística: ni su ejercicio exige el acceso incondicionado a establecimientos de ocio y restauración, ni requerir al efecto este certificado supone una injerencia en ellos que entrañe una limitación inasumible.

En definitiva, hemos de concluir que existe una lesión de los derechos fundamentales anteriormente citados, razón por la que es viable desde la óptica procesal la presente solicitud de ratificación. Pero la intensidad de esta vulneración resulta tan escasa, que, de entrada, y ponderando adecuadamente el derecho fundamental que se pretende proteger —que, no cabe olvidar, se trata del derecho a la vida, y es evidente su carácter preeminente por constituir el presupuesto básico y necesario para el ejercicio de los demás derechos fundamentales— bien pudiera sostenerse su conformidad a derecho, siempre y cuando supere el juicio de proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la misma, tanto sustantiva o material como temporal y espacial.

e) Justificación de la medida.

Habida cuenta que la falta de proporcionalidad de la medida será determinante de su falta de notificación, abordaremos esta cuestión en último lugar.

Para el análisis de la idoneidad y necesidad de la medida hemos de acudir al informe adjunto como documento número 2 a la presente solicitud. Se trata de un dictamen extenso y minucioso, elaborado por la Dirección General de Salud Pública y Ordenación Farmacéutica de la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía.

Tras analizar pormenorizadamente la situación epidemiológica actual en Andalucía (distinguiendo entre la incidencia de la enfermedad, positividad, índice de reproducción, ocurrencia de brotes, variantes del virus y cobertura vacunal) indica que el número de brotes ha mantenido una tendencia ascendente y que la tasa de incidencia en los últimos 14 días en la Comunidad Autónoma de Andalucía es de 138,2, al haberse diagnosticado 11.694 casos. Sin embargo, hemos de añadir que el informe fue elaborado el 10 de diciembre de 2021 y los datos actualizados a fecha de 14 de diciembre que arroja el Instituto de Estadística y Cartografía eleva esta tasa a 203,4 en el conjunto de Andalucía.

Además, el informe alerta de la detección de la variante denominada "Omicrón", que, conforme a los datos actuales, *«apunta hacia una mayor capacidad de transmisión»*.

En relación con la evaluación del riesgo en los escenarios de exposición, indica que este análisis debe tomar en consideración cinco factores: (i) lugar donde se produce el contacto, pues es más probable en espacios cerrados al ser susceptibles de concentrar mayor carga de partículas víricas en el ambiente (aerosoles); (ii) tiempo de contacto; (iii) actividad concreta realizada, habida cuenta que aquellas que provoquen un mayor volumen de aerosoles incrementan la probabilidad de contagio, así como las que conllevan la imposibilidad del uso de mascarilla como elemento limitante del número de partículas virales emitidas; (iv) distancia entre las personas; (v) número de personas expuestas.

Al hilo del anterior, conforme a los estudios epidemiológicos sobre el comportamiento de la enfermedad, la mayoría de las infecciones se producen por exposiciones prolongadas a las secreciones respiratorias que se emiten en forma de aerosoles, e igualmente se ha calculado *«un riesgo de transmisión de unas 20 veces mayor en interiores frente a exteriores»*.

En un espacio interior, además de las condiciones de ventilación, número de personas, distancia entre ellas, el tiempo que permanezcan en contacto y el uso de las medidas de protección personal, debe otorgarse especial relevancia a aquellas actividades en las que no sea compatible el uso de la mascarilla.

Más concretamente, el informe contiene un apartado de "consideraciones específicas" en el que se propone la aplicación de la medida respecto de los escenarios considerados de mayor riesgo de exposición, por realizarse en espacios cerrados donde se desarrollan actividades en las que no es posible el uso continuado de la mascarilla e incluso *«se aumenta el número de contactos, se sale de la burbuja social y se eleva la voz»*.

Con cita del estudio "Evidencia epidemiológica acerca del rol de la hostelería en la transmisión de la COVID-19: una revisión rápida de la literatura", establece como resultado que *«los estudios de modelaje evidencian que las intervenciones relacionadas con la disminución de los contactos sociales en el interior de negocios tienen la capacidad para disminuir la velocidad de transmisión. Los estudios de inferencia estadística mostraron resultados similares, afirmando que el cierre de la hostelería es una de las medidas más efectivas para disminuir la incidencia o mortalidad. Los estudios de brotes muestran la capacidad de los establecimientos de hostelería y restauración para generar eventos de super-contagio, a la vez que enfatizan la importancia de controlar las corrientes de aire y la correcta ventilación del interior de los establecimientos»*.

En cuanto a los establecimientos de ocio nocturno y similar, el informe indica que *«son espacios de socialización que favorecen la relajación de la atención necesaria para mantener las medidas de prevención individuales [...] además existe evidencia de carga viral en los jóvenes [...] lo que favorece la transmisión, sobre todo si tenemos en cuenta que la proporción de asintomáticos o con síntomas muy leves también es más común en edades tempranas»*.

Como conclusión, indica que los locales de ocio nocturno y actividades en espacios cerrados donde existe una mayor socialización, incluido el consumo de alcohol, deben ser considerados como escenarios de mayor riesgo de transmisión del SARS-CoV-2, pues el riesgo es 20 veces superior al que existe en espacios abiertos. Además, también se incrementa la posibilidad de transmisión por los denominados "supercontagadores", fundamentalmente en eventos y celebraciones con una relevante concentración de personas.

A continuación, en cuanto a la evaluación de los grupos de edad y la cobertura vacunal, el dictamen resalta que la evidencia reciente muestra una disminución del contagio entre las personas vacunadas, habida cuenta que su carga viral es de 2 a 4 veces menor que en las personas no vacunadas, aunque hay estudios que sitúan esta diferencia entre 1.6-20. Y respecto de los grupos etarios, la mayor diferencia se observa en las personas vacunadas con una edad de 60 a 80 años, pues el riesgo de infección es casi 8 veces menor; y en el grupo de 30 a 59 años: la hospitalización es 9 veces inferior para los vacunados, 17 veces inferior para ingreso en UCI y no ha habido defunciones en vacunados en el citado tramo de edad.

De esta manera, concluye que *«se evidencia que las personas sin inmunidad tienen mayor*

probabilidad de infectarse y de ser transmisores con mayor carga viral que las personas con inmunidad (natural o adquirida), lo que justifica que se evite el acceso de éstas a lugares donde la exposición al riesgo es mayor».

Prosigue el informe analizando las tres situaciones contempladas en el apartado 1 de la orden:

1.- Propone implantar el certificado de vacunación COVID conforme a la evidencia disponible científicamente, en la que se describe que *«el riesgo de transmisión de COVID-19 entre los vacunados es mucho menor que los no vacunados»*. No solo por tener un menor riesgo de infectarse, sino porque, en caso de estarlo, *«la tasa de ataque secundaria de los casos de COVID vacunados fue menor que la tasa de ataque secundaria a casos de COVID no vacunados»*.

Con base en un informe del ECDC, enfatiza que la carga del estado viral de las personas vacunadas con COVID-19 es más bajo que el de los infectados no vacunados, tanto en casos sintomáticos como asintomáticos, lo que implica una reducción del tiempo y la cantidad de excreción del virus entre los individuos vacunados.

2.- En relación con el certificado de recuperación COVID, igualmente con base en la literatura científica realizada por el ECDC, que cita expresamente, en las personas que ya han sido diagnosticadas como un caso COVID-19 confirmado se reduce su probabilidad de reinfección durante un seguimiento de 5 a 7 meses en un porcentaje que oscila entre el 81 y el 100 por ciento.

3.- Finalmente, respecto del certificado COVID de pruebas diagnósticas, se establece en la Unión Europea con la finalidad de reducir el riesgo de contagio en los interiores de los centros socio-sanitarios y habitaciones de los pacientes ingresados en los centros hospitalarios. Aunque las pruebas de diagnóstico solo establecen una imagen fija de la situación de la persona que se realiza dicha prueba, la propia UE ha establecido un periodo acordado de validez en la que los *«estados miembros aceptan los informes de terminación del proyecto como válidos durante 72 h y en pruebas de antígeno durante 48 h»*. Este periodo, continúa indicando el dictamen, se estableció porque las técnicas de diagnóstico aceptadas son altamente sensibles y permiten detectar casos incluso en la fase previa del inicio de los síntomas, cuando el aumento de la carga viral sigue siendo lo suficientemente bajo como para ser considerado una "persona poco transmisible".

Con base en el dictamen expuesto de forma sucinta, hemos de afirmar la necesidad e idoneidad de la medida que se pretende implantar, no obstante las observaciones que indicaremos al analizar su proporcionalidad.

Es necesaria al objeto de reducir de forma inmediata la tasa ascendente de contagios, especialmente en el ámbito del ocio nocturno al tratarse de un escenario calificado de mayor riesgo de transmisión del SARS-CoV-2, habida cuenta que el peligro de contagio es 20 veces superior conforme a los estudios anteriormente citados. Y es idónea porque tiene por objeto limitar el acceso a estos establecimientos de personas que potencialmente poseen un mayor riesgo de transmisión de la enfermedad: personas infectadas (prueba diagnóstica), al menos cuando ya han superado la fase inicial de la enfermedad y ésta es más contagiosa, pasadas 72 horas; y aquellos que por no haber sido vacunados o no haber pasado la enfermedad durante los 6 meses anteriores, igualmente es más elevado el riesgo de contagio y más alta la tasa de ataque secundario a casos de COVID.

Aunque el riesgo nunca será nulo, no por ello debe entenderse que la medida carezca de utilidad, y, por tanto, que por este motivo no sea materialmente idónea y necesaria en el actual

contexto epidemiológico.

Es bien conocido que nos encontramos ante una grave crisis sanitaria, que, naturalmente, exige por parte de la Administración la adopción de cuantas medidas sean precisas para controlar y frenar los contagios. Se trata de un escenario complejo que demanda una fuerte intervención administrativa, donde debe conciliarse la necesaria protección de la vida y la salud con un ejercicio limitado de algunos derechos fundamentales, dada la constatación de que por las concretas circunstancias con que tales derechos son ejercidos por determinados tramos etarios de la población se está produciendo un elevado riesgo de brotes epidémicos. No cabe perder la perspectiva de que en el momento actual, donde no existe un tratamiento curativo efectivo, las medidas sanitarias deben centrarse en la prevención, también conocida como intervención temprana.

Para finalizar este apartado, vamos a añadir que la STS (Contencioso), sec. 4ª, de 1-12-2021, nº 1412/2021, rec. 8074/2021, concluyó en relación con idéntica medida implantada en el ámbito de otra Comunidad Autónoma que es: (i) una medida adecuada para prevenir la transmisión de la enfermedad; (ii) una medida necesaria porque es menos agresiva que otras y no afecta significativamente a la posibilidad de acceso a dichos establecimientos ni, desde luego, a la actividad que realizan; y (iii) una medida proporcionada porque sirve para preservar la salud y reducir los riesgos vitales que comporta la pandemia, mientras que incide tenuemente en los derechos a la igualdad y a la intimidad.

- Limitación temporal.

La orden objeto de la presente ratificación tiene prevista una vigencia temporal hasta las 00:00 horas del día 15 de enero de 2022.

En el preámbulo de la disposición general se indica que:

«Ahora bien, al tratarse de una restricción o limitación puntual de derechos fundamentales, resulta coherente, conforme a lo manifestado por los numerosos pronunciamientos judiciales establecer de manera expresa la limitación en el tiempo de dicha restricción, sin perjuicio de la posibilidad de una posterior prórroga en caso de que concurran los requisitos que justifiquen su mantenimiento en el tiempo. Por ello, se ha considerado adecuado mantener la medida hasta el día 15 de enero. La vigencia temporal de la medida incluiría la totalidad del periodo navideño que se caracteriza por un aumento de los desplazamientos y las reuniones familiares y de amigos propios de la época, con muchas personas disfrutando de días de vacaciones».

Se adjunta como documento número 3 a la presente solicitud un informe específico acerca de la "justificación de la medida temporal", aunque en realidad únicamente analiza esta cuestión en los dos últimos folios de los veinte que lo integran. En concreto, indica lo siguiente:

«La efectividad de una medida “no farmacológica”, como ésta, se consolida y se considera con estabilidad en un entorno temporal determinado, que permite evaluar el verdadero impacto en los grupos de personas vulnerables a los que pretende proteger en mayor nivel y así poder evaluar con la necesaria asociación epidemiológica el efecto de la medida, para lo cual se considera necesario un mínimo de dos periodos de incubación sucesivos (28 días).

Además, y aunque se consideró como un beneficio colateral, también hay que reseñar que las personas vacunadas con dos dosis de vacuna Comirnaty (Pfizer), según los ensayos clínicos, la

efectividad máxima comienza a partir del día 7 después de la segunda dosis. El intervalo mínimo recomendable entre las dos dosis de la vacuna de Pfizer actualmente es de 21 días. Para las personas vacunadas con dos dosis de vacuna Spikevax (Moderna), según los ensayos clínicos, se sabe que la efectividad máxima comienza a partir del día 14 después de la segunda dosis. El intervalo mínimo recomendable entre las dos dosis de la vacuna de Moderna actualmente es de 28 días.

En Andalucía se está vacunando indistintamente con vacunas de Moderna y Pfizer a todos los grupos poblacionales con indicación de vacunación, incluidas las personas de 12 años o más que inician por primera vez su proceso de vacunación frente a COVID-19.

Por tanto, las personas que necesitan un mayor tiempo para que se alcance la efectividad plena de la vacunación, llega a ser de 42 días (28 + 14 días), que es el caso de las personas que se vacunen con Moderna.

En consecuencia y dado que la cobertura vacunal en los diferentes grupos etarios, ya señalada en el Informe técnico, es uno de los elementos fundamentales y necesarios para evaluar la situación epidemiológica y su posible proyección en base a la misma, considerando ese margen temporal de la efectividad plena de todas las vacunas actuales.

Esto justifica la fijación de una fecha como es la del 15 de enero de 2022, pues en esa semana será valorado el impacto de la medida en la situación epidemiológica existente en ese momento, y en consecuencia, se analizará su posible prórroga.

Sin perjuicio de todo lo que se ha señalado anteriormente, que responde a razones de carácter técnico, cabe considerar de forma adicional una circunstancia coyuntural que justifica, en la práctica, que esta eficacia temporal incluya dentro de la misma la totalidad del periodo navideño, pues éste se caracteriza por un aumento de los desplazamientos y las reuniones familiares y sociales, propias de la época, con muchas personas disfrutando de días de vacaciones, lo que implica, de un lado, una mayor afluencia en locales de ocio y esparcimiento, muchas veces relacionados con las fiestas que se celebran en estas fechas como Nochevieja, e igualmente como en los establecimientos de hostelería, ya sea por la afluencia turística o la celebración de comidas navideñas en el ámbito laboral y social.

Finalmente también se considera coherente establecer ese límite temporal del día 15 de enero de 2022, dado que es la fecha hasta la cual tiene vigencia la medida contenida en la Orden de 3 de diciembre de 2021, de la Consejería de Salud y Familias, por la que se establece la medida preventiva de salud pública relativa al certificado Covid-19 o prueba diagnóstica para el acceso a centros sanitarios con internamiento y centros sociosanitarios de carácter residencial. De esta manera, este tipo de medida preventiva se adopta de forma homogénea en distintos espacios (centros hospitalarios y sociosanitarios residenciales, y los previstos en esta nueva Orden, el espacio interior de establecimientos de hostelería, ocio y esparcimiento), en el territorio andaluz, y podrá ser analizada de forma simultánea en los dos ámbitos antes de esa fecha (15 de enero de 2022), en orden a sus posibles prórrogas.»

Se trata de una vigencia temporal idéntica a la ya ratificada en nuestro auto de 7 de diciembre de 2021 —y con una justificación igualmente muy similar—. Entendemos que se encuentra debidamente motivada y resulta idónea en atención al concreto objetivo de la orden, esto es, la totalidad del periodo navideño, caracterizado por un incremento de los desplazamientos y reuniones familiares y sociales. Ello implica una mayor afluencia en los establecimientos

contemplados en la orden objeto de estudio, y, por tanto, un incremento del peligro de transmisión, que pretende conjurarse a través de la vigencia de la medida sometida a ratificación. Además, se trata de un tiempo razonable para evaluar los efectos de la medida, y, en su caso, determinar la necesidad o no de su prórroga.

- Limitación espacial.

Mayores dudas en orden a su ratificación pudiera suscitar la falta de acotamiento del ámbito territorial de la medida.

Hacemos estas consideraciones porque la STS (Contencioso), sec. 1ª, de 18-08-2021, rec. 5899/2021, que confirmó el auto de la Sala de Verano de este Tribunal, incluyó dentro de sus fundamentos jurídicos que: *«Hay que subrayar asimismo que la medida se postula para el conjunto del territorio de Andalucía, de forma general, aplicable a toda la población y municipios andaluces con independencia de la tasa de incidencia y sin vinculación a su situación sanitaria y a su evolución»*.

Y la posterior STS (Contencioso), sec. 4ª, de 14-09-2021, nº 1112/2021, rec. 5909/2021, que confirmó la implantación de igual medida en otra Comunidad Autónoma, afirmó que no existía contradicción entre la misma y la anterior STS de 18 de agosto de 2021, pues, entre otras razones, se había acotado espacial y temporalmente el ámbito de la medida.

No obstante lo anterior, la última sentencia publicada acerca de la medida que nos compete, es decir, la STS (Contencioso), sec. 4ª, de 1-12-2021, nº 1412/2021, rec. 8074/2021, estimó el recurso de casación y ratificó su adopción en todo el territorio del País Vasco por entender:

«[N]o es irrazonable extenderla a todo el territorio vasco por los argumentos ofrecidos por su Administración y menos aún en un contexto en el que, a diferencia de lo que ocurría en el mes de septiembre, estamos viendo un generalizado incremento de las infecciones, especialmente acusado en el País Vasco y, además, cuando asistimos a la extensión de esta medida en España y fuera de España».

Se expresan, conforme a la lectura que cabe realizar de la última sentencia indicada, tres motivos para entender justificada la aplicación de la medida en toda la Comunidad Autónoma: (i) los argumentos *«ofrecidos por su Administración»*, que, entendemos, se refiere a la *«reducida superficie, densidad de población y alto grado de movilidad e interacción»*; (ii) incremento generalizado de las infecciones; (iii) extensión de esta medida en España y fuera de España.

En realidad, tales motivos integran los diversos criterios que han conformado el juicio de ponderación elaborado por el Tribunal Supremo, y que, valoradas en su conjunto, han conducido a que se estime debidamente justificado el ámbito territorial de la medida. No es posible entenderlos como tres requisitos que deban concurrir de forma simultánea como presupuesto indispensable para su ratificación. Consideramos, por el contrario, que nada obsta a que puedan apreciarse otras circunstancias que igualmente sean relevantes para determinar la justificación de la medida, labor que necesariamente estará revestida de un marcado componente valorativo.

De esta manera, si bien el primero de los criterios no sería extrapolable a la Comunidad Autónoma de Andalucía —dada su extensión territorial—, no cabe duda de la efectiva concurrencia de los restantes, que están dotados de suficiente entidad para justificar la aplicación de la medida en todo el ámbito territorial de Andalucía. En efecto:

Por un lado, hemos analizado con anterioridad que nos encontramos en una fase ascendente de la tasa de contagios en todo el territorio andaluz, y la fiestas navideñas, dada la multiplicación de las interacciones sociales y desplazamientos, supondrán un incremento del potencial riesgo de contagio, y, por tanto, del aumento de la citada tasa.

Por otro, en el informe incorporado como documento número 3 se explica con detalle que la medida que nos ocupa se ha implantado en otras diez Comunidades Autónomas, al margen de la reciente ratificación en Andalucía de igual medida respecto de los visitantes y acompañantes a centros sanitarios o sociosanitarios. En particular, el informe detalla que se ha adoptado en Aragón, Baleares, Canarias, Cantabria, Cataluña, Galicia, Murcia, Navarra, País Vasco y Comunidad Valenciana. Y es un hecho notorio la efectiva implantación del denominado "pasaporte COVID" en otros países de nuestro entorno.

Pero al margen de lo expuesto, existen otras dos razones que refuerza la convicción de este Órgano Judicial acerca de la justificación del ámbito territorial de la orden:

- En primer lugar, ha de resaltarse que durante las fiestas navideñas se incrementará notablemente la movilidad entre territorios. En este escenario, no sería razonable exigir la vinculación geográfica de la vigencia de la medida con una alta tasa de contagios, o cualquier otra circunstancia de carácter epidemiológico, pues ello supondría obviar una realidad que incide con evidente intensidad en la eficacia de la medida y, por tanto, en la consecución del fin último que la justifica.

- En segundo, tal y como razona el informe adjunto a la solicitud, la hipotética aplicación de la medida dependiendo del municipio donde se ubique el establecimiento de hostelería, ocio y esparcimiento, podría generar un "efecto llamada" hacia aquellos territorios donde no estuviera vigente por presentar indicadores inferiores, con el consiguiente riesgo de aumento de los contagios en estas zonas y reducción de la efectividad de la medida.

Conviene aclarar que la presente orden en absoluto excluye la vigencia del resto de medidas preventivas, sino que las complementa, y que, compartiendo lo razonado en este punto por otros Tribunales Superiores de Justicia respecto de idéntica medida (ATSJ de la Comunidad Valenciana, de fecha 29 de noviembre de 2021) no se conocen actualmente otras medidas más moderadas para la consecución del propósito que la justifica y que tengan igual eficacia. Por el contrario, la experiencia demuestra que la adopción de medidas más laxas no ha sido suficiente para el control de la pandemia.

Además, con la medida que nos ocupa se intenta evitar, precisamente, un escenario de nuevas restricciones más severas para los derechos fundamentales, tal y como sucedió meses atrás.

- Proporcionalidad.

Sin embargo, como anteriormente adelantábamos, estimamos que la orden no supera el necesario requisito de proporcionalidad en los concretos términos en que se encuentra redactada.

En efecto, el apartado 1 del artículo único de la orden tiene el siguiente tenor literal: «*Las personas mayores de 12 años podrán acceder al espacio interior de los establecimientos de hostelería, y de ocio y esparcimiento [...] siempre que dispongan de un certificado emitido por el servicio público de salud o por un laboratorio autorizado en el caso del párrafo b) siguiente, que*

acredite la concurrencia de cualquiera de las siguientes circunstancias:[...]».

Conforme a la interpretación que se desprende del sentido propio de sus palabras (art. 3.1 del Código Civil) **es evidente que se exige a cualquier persona que pretenda acceder al interior de estos establecimientos, con total independencia de cuál sea la finalidad que motiva este acceso. Será de aplicación, así pues, igualmente a todos los trabajadores que, incluso con carácter ocasional, tuvieran que acceder a los establecimientos por las características propias de su ocupación laboral.**

La aplicación de la medida medida a los usuarios de estos establecimientos no ofrece ninguna duda en cuanto su proporcionalidad, habida cuenta que el acceso será absolutamente voluntario y al objeto de recibir un servicio de carácter no esencial.

Los trabajadores, por el contrario, para el ejercicio de su actividad estarán obligados, bien a vacunarse —a pesar de no ser obligatorio en nuestro país—, bien a aportar el certificado previsto en el apartado 1 b) de la presente orden, siempre y cuando no hubieran superado la enfermedad en los últimos 6 meses. En otras palabras, **cuando los trabajadores no estuvieron vacunados tendrán que someterse a la citada prueba cada 48 o 72 horas como presupuesto indispensable para el ejercicio de su actividad, y, además, costear la misma hasta la finalización de la medida, que está prevista dentro de un mes y sin perjuicio de ulterior prórroga.**

Hemos de recordar, como anteriormente hemos visto, que continúa plenamente vigente la obligación del uso de la mascarillas en interiores por parte de estos empleados. Y en el caso concreto del ocio nocturno, que se trata solamente de uno de los establecimientos contemplados en la orden, la STS (Contencioso), sec. 4ª, de 1-12-2021, nº 1412/2021, rec. 8074/2021, consideró razonable su exclusión, precisamente, por el uso obligatorio de las mascarillas. Y añadimos que no es posible extender a estos trabajadores los mismos motivos que justifican su imposición a los usuarios, pues las circunstancias de consumo e interacción social prolongada no son equiparables.

En este contexto, habida cuenta el coste económico que mensualmente conllevará la realización de esta prueba cada dos o tres días, es indudable que la norma podría suponer en la práctica, siquiera de forma indirecta, la obligación de vacunarse como requisito para el mantenimiento de su puesto de trabajo. Por esta razón, la incidencia de la orden en los intereses de estos profesionales es mucho más intensa que la que cabe desprender de los usuarios, sin que la solicitud o informes que la acompañan contengan referencia alguna acerca de esta ampliación a los trabajadores, y, por tanto, no es posible entenderla razonada o justificada.

Además, la orden contempla su aplicación en establecimientos de distinta naturaleza, entre otros, los de hostelería. Y es evidente, a título de mero ejemplo, que en un complejo hotelero pueden desempeñarse actividades profesionales de muy diversas características, algunas de las cuales apenas tendrán contacto con clientes, o incluso se desarrollarán fundamentalmente en espacios exteriores, de manera que el acceso al interior será meramente ocasional. **Exigir en idénticos términos los documentos previstos en el apartado 1 a), b) y c) de la orden a estos trabajadores carece de una sólida motivación, pues, insistimos, ni siquiera es abordado de forma directa en la documentación adjunta.**

En apoyo de la citada falta de proporcionalidad, vamos a recordar que la Orden de 18 de agosto de 2021 de la Junta de Andalucía —que no fue ratificada porque nunca se solicitó por la Administración autonómica, no porque se entendiera injustificada, cuestión sobre la que este tribunal no ha tenido oportunidad de pronunciarse— establecía la realización de PDIA de cribado al

personal en los centros residenciales de personas mayores y de grandes dependientes, de manera que para el personal no vacunado contemplada dos PDÍAs semanales. Según el criterio mayoritario de esta Sección, no está justificado exigir iguales o superiores medidas a todo profesional que desempeñe su actividad en cualquiera de los establecimientos objeto de la orden, y con total abstracción de las concretas circunstancias en que se ejerzan su ocupación laboral.

Por cuanto antecede, la medida no será ratificada, **no obstante la posibilidad de que la Administración autonómica pueda solicitar una nueva ratificación en la que se contemple la aplicación de la orden únicamente respecto de los usuarios de los establecimientos**, o, en su caso, se aporte una justificación sólida y expresa acerca de su aplicación en idénticos términos a los profesionales que deban acudir al interior de los mismos.

QUINTO.- Costas.

No se hace expreso pronunciamiento sobre el abono de las costas procesales.

PARTE DISPOSITIVA

La sala acuerda:

1.- **No ratificar** la Orden por la que se establece la medida preventiva de Salud Pública relativa al Certificado Covid-19 o prueba diagnóstica para el acceso al espacio interior de establecimientos de hostelería, ocio y esparcimiento.

2.- Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y, que de conformidad con los artículos 87 y 87 ter de la LJCA, y por los trámites que expresamente contemplan, contra ella cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo en el plazo de tres días hábiles, sin que constituya requisito necesario la previa interposición de recurso de reposición.

Así lo acuerdan y firman los Iltmos. Sres. magistrados anotados al margen y componentes de este tribunal. Doy fe.