



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 A CORUÑA

AUTO: 00111/2021

-

Equipo/usuario: SF
Modelo: N65840
PLAZA DE GALICIA, S/N 15071 A CORUÑA
Correo electrónico:

N.I.G: 15030 33 3 2021 0001552
Procedimiento: DF DERECHOS FUNDAMENTALES 0007652 /2021 /
Sobre: DERECHOS FUNDAMENTALES
De D./ña. CONSELLERIA DE SANIDADE
ABOGADO LETRADO DE LA COMUNIDAD
PROCURADOR D./D^a.
Contra D./D^a.
ABOGADO
PROCURADOR D./D^a.

AUTO

Ilmo. Sr. Presidente da Sala
Francisco Javier Cambón García
Ilmo. Sr. e Ilma Sra:
Cristina María Paz Eiroa
Luís Villares Naveira

A Coruña, oito de outubro do ano dous mil vinte e un.

ANTECEDENTES DE FEITO

PRIMEIRO: O día 7 de outubro foi repartido e tivo entrada nesta Sala escrito da letrada da Xunta de Galicia, en nome e representación da Consellería de Sanidade da Xunta de Galicia, solicitando que este tribunal "*autorice as medidas consistentes na exhibición de documentación para o acceso a determinados establecementos previstas no punto primeiro da Orde do 6 de outubro de 2021 pola que se aproba a exixencia de determinadas medidas de prevención específicas como consecuencia da evolución da situación epidemiolóxica derivada da COVID-19 na Comunidade Autónoma de Galicia no que se refire á actividade dos albergues turísticos*".

SEGUNDO: Por dilixencia desta mesma data ordenouse o traslado da solicitude ao Ministerio Fiscal para informe, o cal no mesmo día emitiu informe favorable á autorización solicitada.

TERCEIRO: Rematado o trámite de alegacións a solicitude foi deliberada o día de hoxe, e ditouse de seguido o presente auto, no

cal a maxistrada relatora, Cristina María Paz Eiroa, expón o parecer da Sala.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

PRIMEIRO.- Procedemento para resolver as solicitudes de autorización ou ratificación xudicial das medidas sanitarias nun ámbito distinto ao estatal, urxentes e necesarias para a saúde pública e impliquen a limitación ou restrición de dereitos fundamentais:

O artigo 10.8 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa (LXCA), na redacción dada pola Lei 3/2020, do 18 de setembro, de medidas procesuais e organizativas para facer fronte á COVID-19 no ámbito da Administración de Xustiza, atribúelles ás salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de xustiza o coñecemento de:

"a autorización ou ratificación xudicial das medidas adoptadas consonte a lexislación sanitaria que as autoridades sanitarias de ámbito distinto ao estatal consideren urxentes e necesarias para a saúde pública e impliquen a limitación ou restrición de dereitos fundamentais cando o seus destinatarios non estean identificados individualmente".

A mesma lei introduciu o artigo 122 quáter para ofrecer unhas mínimas regras procedementais, que xa eran observadas na práctica xudicial, a saber:

"Na tramitación das autorizacións ou ratificacións as que se refiren os artigos 8.6, segundo parágrafo, 10.8 y 11.1.i) da presente lei será parte o ministerio fiscal. Esta tramitación terá sempre carácter preferente e deberá resolverse no prazo máximo de tres días naturais"

Este procedemento é o que seguiu este tribunal na tramitación da solicitude presentada pola Consellería de Sanidade da Xunta de Galicia, que somete a autorización xudicial as medidas consistentes na exhibición de documentación para o acceso a determinados establecementos previstas no punto primeiro da Orde do 6 de outubro de 2021 pola que se aproba a exixencia de determinadas medidas de prevención específicas como consecuencia da evolución da situación epidemiolóxica derivada da COVID-19 na Comunidade Autónoma de Galicia no que se refire á actividade dos albergues turísticos. Trátanse polo tanto de medidas previstas nunha orde asinada polo Conselleiro de Sanidade que aínda non foi publicada á espera dun pronunciamento favorable desta Sala, seguindo o criterio sentado polo Tribunal Supremo na sentenza nº 719/2021, segundo a cal as



medidas serán eficaces coa validación xudicial, e a Orde non entra en vigor ata esa validación e a súa posterior publicación.

Así, o apartado segundo 2 da Orde do 6 de outubro de 2021 di o seguinte:

"As medidas previstas nesta orde terán efectos desde as 00.00 horas do día seguinte ao da súa publicación (...)".

SEGUNDO: Medida sanitaria da cal se solicita a autorización xudicial:

Solicítase a autorización xudicial da medida prevista no punto primeiro da Orde do 6 de outubro de 2021 pola que se aproba a existencia de determinadas medidas de prevención específicas como consecuencia da evolución da situación epidemiolóxica derivada da COVID-19 na Comunidade Autónoma de Galicia no que se refire á actividade dos albergues turísticos, é dicir, a medida preventiva de seguridade sanitaria consistente na exhibición de documentación que acredite o cumprimento de determinados requisitos para o acceso aos albergues turísticos. O apartado primeiro da Orde do 1 de outubro de 2021 di:

«Primeiro. Medida preventiva de seguridade sanitaria consistente na exhibición de documentación que acredite o cumprimento de determinados requisitos para a ampliación ata un 75% das prazas nos espazos de aloxamento compartido nos albergues turísticos.

1. Poderase ocupar nos albergues turísticos ata un 75% das prazas dos espazos de aloxamento compartido sempre que todas as persoas maiores de 12 anos dispoñan dun certificado emitido polo servizo público de saúde ou, no caso do ordinal 2º, por un laboratorio oficial autorizado, que acredite a concorrencia de calquera das seguintes circunstancias:

1º. Que recibiron a pauta completa dunha vacina contra a COVID-19 para a cal se concedeu unha autorización de comercialización de conformidade co Regulamento(CE) nº 726/2004.

2º. Que dispoñen dunha proba diagnóstica negativa realizada nas últimas 72 horas no caso das PCR e 48 horas no caso dos tests de antíxenos. No caso dos tests rápidos de antíxenos, deberán estar enumerados na lista común e actualizada de tests rápidos de antíxenos da COVID-19 establecida sobre a base da Recomendación2021/C 24/01, do Consello de Europa.

3º. Que o titular se recuperou dunha infección polo SARS-CoV-2 nos últimos 6 meses. Para iso, a persoa deberá ter sido diagnosticada como caso confirmado da COVID-19 hai 11 días ou máis mediante unha proba PCR, e non é válido outro tipo de test.



Non será necesaria a exhibición de documentación para o aloxamento cando a ocupación dos espazos de aloxamento compartido non supere o 50% da súa capacidade máxima, nin cando todos os ocupantes realicen o Camiño en todas as súas etapas no territorio galego nun mesmo grupo «burbulla» ou de convivencia estable».

«Co obxecto de procurar a máxima garantía da privacidade e intimidade das persoas, a exhibición da información a que se refire a medida preventiva só poderá ser solicitada polas persoas titulares dos establecementos ou polo seu persoal no momento do acceso e para os efectos da súa mera comprobación ou verificación, unicamente coa finalidade expresada de control de acceso. Non se conservarán en ningún caso datos de carácter persoal nin se crearán ficheiros con eles. Polo tanto, non se realizarán en ningún caso operacións de tratamento sobre datos persoais, xa sexa por procedementos automatizados ou non, como a recollida, rexistro, organización, estruturación, conservación, adaptación ou modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión ou calquera outra forma de habilitación de acceso ou outra operación non permitida pola normativa vixente» -Segundo.5-.

TERCEIRO.- Sobre a cobertura normativa da competencia das comunidades autónomas para adoptar medidas que supoñan unha limitación ou restrición de dereitos fundamentais:

Aínda que este tema xa foi abordado por esta Sala e sección en resolucións anteriores, non está de máis lembrar a nosa postura sobre a habilitación normativa estatal e autonómica que faculta as CCAA a adoptar medidas sanitarias preventivas para facer fronte a situacións de grave risco contra a saúde pública.

O criterio desta Sala é ben coñecido, pois quedou reflectido en resolucións como os autos do 12 de maio 2021 (DF 7224/2021) e 25 de maio 2021 (DF 7246), e outros posteriores, admitindo a competencia das CCAA para adoptar este tipo de medidas.

Esta postura, na que conviñamos a maioría das salas do contencioso-administrativos dos TSX, foi avalada polo Tribunal Supremo na sentenza 719/2021, do 24 de maio (ECLI:ES:TS:2021:2178 Recurso de Casación 3375/2021).

En reforzo desta doutrina a sentenza máis recente do Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2021:3298 -Recurso 5909/2021), sentenza 1112/2021, do 14 de setembro, recurso 5909/2021) lembra que, pese ao sucinto contido do artigo 3 da Lei orgánica 3/1986, do 4 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública, en coherencia coas demais leis aplicables (Lei 14/1986, do 24 de abril, xeral de sanidade, Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de saúde pública), débese declarar a suficiencia destas leis como normas de cobertura das medidas sanitarias que supoñan algunha restrición de dereitos fundamentais, por máis que a restrición revista un carácter livián, como neste caso.



Pódese engadir que todo este marco normativo, como xa se di na sentenza do Tribunal Supremo, debe completarse coas leis autonómicas, o que significa atender as previsións da lei de saúde de Galicia. E como xa tivemos ocasión de dicir no Auto desta Sala de 25 de maio pasado:

"A adopción por parte da Comunidade Autónoma destas medidas constitúe o exercicio e a comprensión normal do Estado das Autonomías consagrado no art. 2 da CE, que atribúe título habilitante para tomar esas decisións extraordinarias a quen ten a titularidade ordinaria sobre unha determinada competencia, asumida no seu Estatuto de Autonomía.

Así, se o Estado ten competencia exclusiva sobre "Sanidade exterior. Bases e coordinación xeral da sanidade" -art. 149.1.16a CE-, as comunidades autónomas poderán asumir competencias en materia de "Sanidade e hixiene" -art. 148.1.21a-.

Por outra banda, conforme o disposto no artigo 2 da Lei 14/1986, xeral de sanidade, que ten por obxecto a regulación xeral de todas as accións que permitan facer efectivo o dereito á protección da saúde recoñecido no artigo 43 e concordantes da Constitución: "As Comunidades Autónomas poderán ditar normas de desenvolvemento e complementarias da presente lei en exercicio das competencias que lles atribúen os correspondentes estatutos de autonomía". Este precepto complétase co disposto no seu artigo 26:

"1. No caso de que exista ou se sospeite razoablemente a existencia dun risco inminente e extraordinario para a saúde, as autoridades sanitarias adoptarán as medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como a incautación ou inmovilización de produtos, suspensión do exercicio de actividades, peches de empresas ou das súas instalacións, intervención de medios materiais e persoais e cantas outras consideren sanitariamente xustificadas.

2. A duración das medidas a que se refire o apartado anterior, que se fixaran para cada caso, sen prexuízo das prórrogas sucesivas acordadas por resolucións motivadas, non excederá do que esixa a situación de risco inminente e extraordinario que as xustificou"

Finalmente, Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de Saúde pública, no seu artigo 54 establece que "1. Sen prexuízo das medidas previstas na Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública, con carácter excepcional e cando así o requiran motivos de extraordinaria gravidade ou urxencia, a Administración Xeral do Estado e as das comunidades autónomas e cidades de Ceuta e Melilla, no ámbito das súas respectivas competencias, poderán adoptar cantas medidas sexan necesarias para asegurar o cumprimento da lei. 2. En particular, sen prexuízo do previsto na Lei 14/1986, do 25 de abril, xeneral de sanidade, a autoridade competente poderá adoptar, mediante resolución motivada, as seguintes medidas: f) Calquera outra medida axustada á legalidade vixente se existen indicios racionais de risco

para a saúde incluída a suspensión de actuacións de acordo ao establecido no Título II desta lei."

A adopción de calquera das medidas anteriores por banda da Comunidade Autónoma de Galicia esixe a previa asunción de competencias na materia. Neste sentido, o Estatuto de Autonomía de Galicia é claro ao sinalar no seu art. 33.1. que "Corresponde á Comunidade Autónoma o desenvolvemento lexislativo e a execución da lexislación básica do Estado en materia de sanidade interior".

O mesmo artigo 33, pero agora da Lei 8/2021, de 25 de febreiro, establece o seguinte:

"Corresponderalles as persoas titulares dos órganos citados no ámbito das súas respectivas competencias, establecer as intervencións públicas "necesarias para garantir os dereitos e deberes sanitarios da cidadanía, entre eles os previstos nos artigos 34.12 y 38".

O artigo 38.1 "Medidas preventivas en materia de saúde pública" (redactado pola Lei 8/2021), establece:

"1. Ao obxecto de protexer a saúde pública, as autoridades sanitarias autonómicas e locais, dentro do ámbito das súas competencias, poderán adoptar medidas preventivas de obrigado cumprimento cando exista ou se sospeite razoablemente a existencia dun risco inminente e grave para a saúde da poboación. Estas medidas poderán consistir en: (...) g) Medidas de seguridade sanitaria e hixiene en determinados lugares e/ou para o desenvolvemento de actividades."

Por outra banda, o apartado k) do artigo 38.1 permite o establecemento polas autoridades sanitarias dunha obrigaón de subministración de datos necesarios para o control e contención de riscos para a saúde pública. E así, dispón o seguinte:

"Co obxecto de protexer a saúde pública, as autoridades sanitarias autonómicas e locais, dentro do ámbito das súas competencias, poderán adoptar medidas preventivas de obrigado cumprimento cando exista ou se sospeite razoablemente a existencia dun risco inminente e grave para a saúde da poboación. Estas medidas poderán consistir: k) Na obrigaón de subministración de datos necesarios para o control e a contención do risco para a saúde pública de que se trate e no rexistro dos datos subministrados, en especial de datos que permitan a identificación de persoas procedentes de lugares ou asistentes a actividades ou establecementos que presenten un risco de transmisión de enfermidades infectocontaxiosas, co obxecto de que as autoridades sanitarias poidan desenvolver o seu labor de control e investigación epidemiolóxica de gromos ou situacións de especial risco para a saúde da poboación. En todo caso, os datos rexistrados serán os estritamente indispensables para cumprir coa dita finalidade de control e contención do risco, e os datos de carácter persoal serán



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

tratados con estricto respecto á normativa en materia de protección de datos”.

Admitida a validez e suficiencia da normativa citada para adoptar pola Administración autonómica galega medidas da natureza como a que se solicita a autorización xudicial, queda despexado o camiño para entrar na análise da necesidade, idoneidade e proporcionalidade da medida.

CUARTO.- Sobre o xuízo de necesidade, idoneidade e proporcionalidade da medida:

O Tribunal Supremo na sentenza nº 719/2021 sintetiza cal debe de ser o ámbito de control xudicial sobre o que se debe de estender a actividade da Sala no exame requirido ao abeiro do artigo 122 quáter LXCA, a saber, que a autoridade sanitaria:

“(iii) identificou con suficiente claridade o perigo grave para a saúde pública derivado dunha enfermidade transmisible que é preciso conxurar para preservar o dereito á saúde e á vida con indicación dos feitos que así o acreditan;

(iv) estableceu debidamente a extensión dese risco desde o punto de vista subxectivo, espacial e temporal; e

(v) xustificou que non dispón doutros medios menos agresivos para afrontalo e que os propostos son idóneos e proporcionados.

E, sobre estes presupostos,

(vi) a Sala correspondente deberá concluír se a dita xustificación é suficiente e se a limitación pretendida é *efectivamente idónea, necesaria e proporcionada*”.

A polémica que se suscitou ao redor da esixencia do certificado COVID, ou tamén coñecido “pasaporte COVID” foi resolta polo Tribunal Supremo na sentenza 1112/2021, de 14 de setembro, que apartándose do criterio sostido pola Sala de vacacións deste tribunal (Auto de 20 de agosto de 2021, procedemento núm. 7559/2021, sobre ratificación das medidas aprobadas pola Orde de 13 de agosto de 2021) considera que:

“concorre una justificación objetiva y razonable para permitir o no el acceso al correspondiente establecimiento, según se haya cumplido tal exigencia, pues se trata de la protección de la salud y la vida de las personas, mediante una medida de evita o restringe la propagación de la pandemia.”

Baixo esta perspectiva o Tribunal Supremo considera que a exhibición de determinada documentación (certificado da pauta completa de vacinación, proba diagnóstica negativa de infección activa (PDIA) ou test de antixenos, e certificado de ter superado a enfermidade desde o día 11 ao 180) para o acceso ao interior de

determinados establecimientos onde se produce unha gran afluencia de persoas, tales como os de lecer nocturno, resulta adecuada e acorde coas esixencias derivadas de protección da saúde, porque se refire a locais onde a entrada é voluntaria e onde non se realizan actividades esenciais, ás que se teña obrigación de acudir.

Engade a sentenza, abundando neste tema que:

"Las personas pueden emplear su ocio de muy diversa forma, y naturalmente pueden acudir a dichos locales, o no, pueden preferir la terraza, o no, pero si se pretende ir al interior del establecimiento que es un espacio cerrado y normalmente poco ventilado, donde el riesgo de contagio se incrementa, ha de exhibirse la indicada documentación, que proporciona garantía, desde luego no absoluta, de no padecer en ese momento la infección SARS-CoV-2 (...)".

No auto da Sala de vacacións deste tribunal non se dubidaba da proporcionalidade da medida, pero si negou a súa necesidade e a súa idoneidade con base nunha argumentación que non compartiu o Tribunal Supremo.

O Tribunal Supremo na súa sentenza, aínda considerando que era e é obriga da Administración autonómica solicitar autorización xudicial dunha medida desta natureza, en canto afecta os dereitos fundamentais da igualdade (artigo 14), da intimidade (artigo 18), da vida (artigo 15) da protección da saúde (artigo 43), aínda así, despregou toda argumentación de apoio non só da proporcionalidade da medida senón tamén da súa idoneidade e da súa necesidade. E fíxoo cuns argumentos que esta sección especializada comparte e fai seus, destacando aquí e agora os seguintes razoamentos:

"En relación con la idoneidad y necesidad de la misma, es cierto que cuando surge un grave e inminente peligro para la vida de las personas y la protección de la salud pública, cualquier actuación de la Administración ha de ajustarse, ante todo, a los criterios médicos y epidemiológicos que resulten acordes con el estado de la ciencia en cada momento, y que constituyan el medio exacto, cabal y apto para alcanzar la finalidad propuesta, sin que exista en ese momento una alternativa mejor. De modo que las medidas forzosamente ha de ser cambiantes, constantemente adaptadas a la evolución de la pandemia y a los consiguientes criterios científicos. Y sabido es que la vacuna no es un medio para curar la enfermedad pero, como antes señalamos y ahora insistimos, sí es una acción de carácter preventivo que evita o atempera considerablemente la propagación de la pandemia, supone un innegable beneficio para la salud de todos porque disminuye los contagios y las muertes, e impide el colapso hospitalario que puede acarrear la consiguiente desatención de otras enfermedades ajenas a la Covid-19.

La idoneidad de la medida que se postula, sobre la exhibición de la documentación ya citada, gana en concreción cuando descendemos a las características propias de los establecimientos en los que se



exige. Así es, en estos lugares de ocio, por su propia naturaleza, a diferencia de otros establecimientos abiertos al público, no permiten el uso constante y permanente de la mascarilla, que debe necesariamente retirarse para comer y para beber, del mismo modo que resulta difícil mantener en ellos la distancia de seguridad, se suele conversar con un tono de voz más alto, o incluso cantar, lo que favorece la "inhalación de gotas y aerosoles respiratorios emitidos por un contagiado" que es "la principal vía de transmisión del SARS-CoV-2", según señala el informe del Servicio de Epidemiología de la Dirección General de Salud Pública de la Consellería de Sanidad, avalado por los miembros del Subcomité de Control de Brotes del Comité Clínico que asesora a la citada Consellería.

El citado informe señala que la "transmisión de la Covid-19 entre los vacunados es mucho menor al de los no vacunados, no sólo porque estos tienen un riesgo menor de infectarse, sino porque incluso en caso de infectarse por la Covid- 19 la tasa de ataque secundaria de los casos Covid vacunados fue inferior a la tasa de ataque secundaria de los casos Covid no vacunados" Añadiendo que "las personas no vacunadas reducen significativamente su riesgo de infectarse y desarrollar la Covid-19 en el caso de entrar en contacto con un caso Covid que sí está vacunado".

También reconoce el citado informe, y el informe de la Subdirectora General de Información sobre Salud y Epidemiología, y miembro del Comité Clínico, que la implantación de dicha medida ha servido de medida de fomento de la vacunación y del control epidemiológico de la misma, pues "ha permitido aumentar el control de la enfermedad incentivando la vacunación", y "los cribados de pruebas diagnósticas entre aquellas personal aún no vacunadas (...) ha favorecido un diagnóstico precoz de casos".

El contenido de los detallados informes pone de manifiesto, con abundancia de datos científicos al respecto y mediante la identificación de las fuentes de sus aseveraciones, que la única medida eficaz posible, para proceder a la apertura de los locales de ocio, que proporcione un alto nivel de protección para la salud pública, es la implantación del denominado pasaporte covid, pues solo ella puede disminuir considerablemente el riesgo de contagio en dichos establecimientos.

No es preciso, desde luego, que la medida que se postula, impida de modo absoluto cualquier tipo de contagio, es decir, que resulte infalible, pues no existe en el estado actual de la ciencia ese riesgo cero. Pero para la determinación de la idoneidad y necesidad de la medida es bastante que la misma resulte eficaz, apropiada y proporcionada, para alcanzar la finalidad de protección de la vida y la salud que resulte compatible con la realización de la actividad. El beneficio que proporciona la medida, respecto de la reducción significativa de los contagios, es muy superior al sacrificio que comporta la exigencia de presentar la documentación para el acceso al local. En definitiva, no se atisba ninguna medida

que resulte más adecuada para salvaguardar la vida y la salud de los ciudadanos, en ese tipo de locales.

Conviene tener en cuenta que la Administración, ya manejó otras opciones, según consta en el informe del Servicio de Epidemiología de la Dirección General de Salud Pública de la Consellería de Sanidad, avalado por los miembros del Subcomité de Control de Brotes del Comité Clínico, que también se valoraron otras medidas como es el caso de "la instalación de medidores de dióxido de carbono (CO2) para el control de los tiempos de ventilación".

Desde luego la medida más segura es el cierre de los establecimientos. Sucede, sin embargo, que esta medida de cierre, teniendo en cuenta la evolución de la pandemia en relación con las consideraciones epidemiológicas en el estado actual de la ciencia, y las severas restricciones ya pasadas, podría hacer que el ocio nocturno derive en concentraciones en la vía pública, lo que supondría un grave riesgo para la salud pública de todos, además de los costes económicos y laborales en los sectores afectados".

Estes razoamentos, unidos á demais argumentación que serviu de apoio para avalar a medida consistente na exhibición do certificado COVID, trasladáronse xa ao Auto de un de outubro de 2021 do DF 7642/2021 autorizando a mesma medida para o acceso aos establecementos de lecer nocturno aos que se lles aplique o nivel 2c previsto para chegar á mesma solución que alcanzou o Tribunal Supremo, e trasládanse a este, sen que se aprecien elementos diferenciadores que permitan desviarnos cara a unha solución diferente.

Pola contra, neste caso a medida que quere implantar a Administración, por una banda, límitase aos albergues turísticos. A aplicación da medida nestes establecementos vén xustificada «*polo tempo de pernocta en lugares pechados e compartidos con outras persoas que non teñen por que formar parte da mesma unidade de convivencia*» como di a exposición de motivos da Orde e así resulta igualmente do informe do 7 de outubro asinado por un dos membros do comité clínico, e pola subdirectora xeral de programas de control de risco ambientais para a saúde, trátase de espazos en que se poden agrupar factores que aumentan o risco de transmisión do SARS- CoV-2: «*dada a particularidade deste tipo de establecementos, nos que persoas sen relación entre si e que poden proceder de diferentes lugares e países van compartir cuarto para durmir, considérase preciso establecer medidas adicionais de salvagarda da saúde, para poder aumentar o aforo e con iso aliviar ao sector, nun momento no que se vai ir cara a relaxación de aforamentos e aforo completo noutros sectores. Mais, compre ter en conta que esta mestura de persoas de diferentes procedencias, de lugares con coberturas vacinais menores que as de Galicia, determina que se considere que a esixencia dos certificados COVID-19 é unha ferramenta útil para o control da aparición de casos novos, e mesmo de novas variantes do virus, que poderían afectar á boa evolución da situación epidemiolóxica en Galicia*».



O informe do 7 de outubro adxunto á solicitude dí que «Os albergues turísticos, ata o de agora teñen autorizado o 100% de ocupación cando se trata de grupos familiares ou burbulla e do 50% no resto de situacións, é dicir cando van compartir o espazo para durmir persoas que non conforman un mesmo grupo de convivencia estable. Esta limitación do aforo supuxo un importante problema para este sector do turismo en Galicia [...] debido a actual situación epidemiolóxica en Galicia, considérase que podería relaxarse esta medida de redución de aforo pero, ao mesmo tempo, dada a particularidade deste tipo de establecementos, nos que persoas sen relación entre si e que poden proceder de diferentes lugares e países van compartir cuarto para durmir, considérase preciso establecer medidas adicionais de salvagarda da saúde, para poder aumentar o aforo e con iso aliviar ao sector, nun momento no que se vai ir cara a relaxación de aforamentos e aforo completo noutros sectores. Mais, compre ter en conta que esta mestura de persoas de diferentes procedencias, de lugares con coberturas vacinais menores que as de Galicia, determina que se considere que a esixencia dos certificados COVID-19 é unha ferramenta útil para o control da aparición de casos novos, e mesmo de novas variantes do virus, que poderían afectar á boa evolución da situación epidemiolóxica en Galicia [...] Galicia é a Comunidade autónoma coa porcentaxe de vacinados sobre o total de poboación a vacinar máis elevada de todas as Comunidades e Cidades Autónomas de España. Pero isto significa que outras CCAA presentan taxas de cobertura menores e sobre todo nos grupos de idade de 20 a 39 anos. Isto quere dicir que a probabilidade de que coincidan nestes establecementos persoas sen pauta completa de vacinación é alta. Hai que ter en conta tamén que noutros países europeos as taxas de vacinación tamén son menores o que fai aumentar este risco [...] Estes grupos de idade, cunha menor cobertura, son os que con maior probabilidade utilizarán estes albergues e está ben demostrado que o risco de infección nas persoas non vacinadas é maior que entre as persoas coa pauta de vacinación completa, polo que nos establecementos coas características sinaladas cunha potencial asistencia dun 20 ou 25% de persoas non vacinadas, a probabilidade de transmisión da infección a partir dunha persoa infectada asintomática é sensiblemente superior a que pode existir noutros establecementos de características diferentes [...] Isto indica que a posibilidade de esixir o certificado de vacinación en persoas que frecuentan ambientes de máis risco de infección, como é o caso dos albergues turísticos, pode garantir a prevención da infección no caso de que asistan persoas que poidan estar infectadas e, consecuentemente, previr un abrocho entre as persoas que frecuentan o establecemento e a posterior transmisión a outras persoas, aínda que estean vacinadas».

E por outra banda, como se pode ver tamén na orde, establécense dous niveis, de xeito que ningún albergue turístico se verá obrigado a aplicar a medida da que se solicita a autorización xudicial. Só se verán obrigados aqueles albergues turísticos que se queiran ver

favorecidos por unha ampliación da capacidade ao 75% das prazas nos espazos de aloxamento compartido.

Partindo deste novo modelo de actuación -e xa co anterior-, non se pode falar dun sacrificio desproporcionado cando a exhibición do certificado se esixe para o desenvolvemento dunha actividade de aloxamento onde a entrada ou o acceso ao establecemento é voluntaria para calquera persoa, e onde a medida cumpre unha función que non só é a de evitar contaxios senón tamén minimizar os riscos. Como xa se di na sentenza do Tribunal Supremo do 14 de setembro de 2021, o que pretende este tipo de medidas é evitar ou limitar a transmisión da infección, truncar a propagación da covid-19, interromper a cadea de contaxios, y e é unha evidencia científica que a transmisión da COVID-19 entre os vacinados é moito menor aos dos non vacinados.

Isto xustifica a idoneidade dunha medida que persegue o control de acceso de persoas en espazos nos que se poden agrupar factores que aumentan o risco de transmisión do SARS- CoV-2, co fin de permitir uns niveis maiores de ocupación, pero garantindo ao mesmo tempo a seguridade sanitaria.

O informe do 6 de outubro xa pon de manifesto que *«no momento de poñer en marcha en Galicia a petición dos certificados COVID-19 na hostalaría e o ocio nocturno, tras tres semanas de aplicación desta medida, observouse un efecto positivo na redución de casos nestes ámbitos pese a manter o interior destes establecementos abertos e, polo tanto, con cabe dúbida de tivo un efecto positivo, tal como se mostra na táboa 3»*.

Cando afirmamos que non se aprecien elementos diferenciadores respecto do razoado polo Tribunal Supremo na sentenza do 14 de setembro de 2021, significa que neste caso, atendendo ás limitacións impostas na propia orde, resulta que a proporcionalidade, a necesidade e a idoneidade da medida deriva, tamén neste caso, da xustificación proporcionada pola Administración solicitante.

O último apartado da sentenza do Tribunal Supremo destínase a facer unha comparativa da situación analizada nela, coa resolta pola sentenza da sala vacacións daquel Tribunal, do 18 de agosto de 20121 (recurso 5899/2021). E o resultado foi apreciar dous elementos diferenciadores entre ambos os dous casos: a limitación xeográfica e a temporal.

A medida que quere implantar a Xunta de Galicia solicita cumpre o requisito temporal, pois tal como se di na Orde do 6 de outubro de 2021 (apartado segundo.2) *"As medidas previstas nesta orde terán efectos desde as 00.00 horas do día seguinte ao da súa publicación e ata as 00.00 horas do día 30 de outubro"*.

En canto a limitación xeográfica, o feito de que a implantación da medida non se limite por territorios ou zonas xeográficas, ben municipais ou doutra extensión acoutada, estendéndose a toda a comunidade autónoma, non impide considerar a



medida proporcionada, necesaria e idónea, por canto toda a documentación aportada pon de manifesto que a situación epidemiolóxica actual é diferente á de hai un mes.

Sen que, por outra banda, conste/n outra/s medida/s alternativa/s menos gravosa/s para garantir a seguridade sanitaria neste tipo de establecementos na situación de emerxencia sanitaria na que aínda nos atopamos.

Por todo o exposto, e convindo así mesmo co Ministerio Fiscal, procede autorizar a medida solicitada.

QUINTO.- Sobre as custas:

Tendo en conta a natureza deste procedemento non se fai pronunciamento en materia de custas.

A SALA ACORDA

Autorizar a medida preventiva de seguridade sanitaria contida na Orde do 6 outubro de 2021 pola que se aproba a exixencia de determinadas medidas de prevención específicas como consecuencia da evolución da situación epidemiolóxica derivada da COVID-19 na Comunidade Autónoma de Galicia no que se refire á actividade dos albergues turísticos.

Notifíquese esta resolución ao Ministerio Fiscal e á Administración solicitante.

Contra esta resolución cabe recurso de casación, que se iniciará mediante escrito presentado ante a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo en que as partes comparecerán e interpoñerán directamente o recurso de casación, de conformidade co disposto no art. 87 ter.1 LXCA.

Así o acordan, mandan e asinan os Ilmos/as. Sres/a anotados na marxe.

