



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3
A CORUÑA**

AUTO: 00018/2022

-

Equipo/usuario: SF
Modelo: N65840
PLAZA DE GALICIA, 1 15004 A CORUÑA
Correo electrónico: sala3.contenciosoadministrativo.tsxg@xustiza.gal

N.I.G: 15030 33 3 2022 0000170
Procedimiento: DF DERECHOS FUNDAMENTALES 0007049 /2022 /
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.

A U T O

Ilma. Sra. Presidenta da Sala:

Dna. María Dolores Rivera Frade (Relatora)

Ilmos. Sres. e Ilma. Sra:

D. Francisco Javier Cambón García
Dna. Cristina María Paz Eiroa
D. Juan Carlos Fernández López
D. Luís Villares Naveira

En A Coruña, a once de febreiro do ano dous mil vintedous.

ANTECEDENTES DE FEITO

PRIMERO: O día 9 de febreiro 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 que se "*autorice as medidas previstas nos puntos primeiro a quinto da ORDE do 9 de febreiro de 2022 pola que se prorrogan diversas ordes polas*

que se establecen medidas cualificadas de prevención como consecuencia da evolución da situación epidemiolóxica derivada da COVID-19 na Comunidade Autónoma de Galicia”.

SEGUNDO: Por dilixencia desa mesma data ordenouse o traslado da solicitude ao Ministerio Fiscal para informe, o cal mesmo día emitiu informe favorable á autorización solicitada.

TERCERO: Rematado o trámite de alegacións a solicitude foi deliberada o mesmo día de hoxe, e ditouse de seguido o presente auto, no cal a maxistrada relatora, María Dolores Rivera Frade, 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 restricción de dereitos fundamentais. Solicitudes precedentes:

O artigo 10.8 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da Xurisdicción Contencioso-administrativa (LXCA), na redacción dada pola Lei 3/2020, de 18 de setembro, de medidas procesuais e organizativas para facer fronte ao COVID-19 no ámbito da Administración de Xustiza, atribúe ás Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xusticia o coñecemento de:

“a autorización ou ratificación xudicial das medidas adoptadas con arreglo á lexislación sanitaria que as autoridades sanitarias de ámbito distinto ao estatal consideren urxentes e necesarias para a saúde pública e impliquen a limitación ou restricción de dereitos fundamentais cando o sus destinatarios non estén identificados individualmente”.

A mesma lei introduciu o artigo 122 quater para ofrecer unhas mínimas regras procedimentais, 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 y deberá resolverse no prazo máximo de tres días naturais”

Este procedemento é o que seguiu este tribunal na tramitación das solicitudes presentadas pola Consellería de Sanidade da Xunta de Galicia, sometendo a autorización



xudicial medidas que afectan ás actividades que se desenvolven no ámbito da hostalaría, do lecer nocturno, dos albergues turísticos, dos centros hospitalarios, centros sociosanitarios residenciais de maiores e de persoas con discapacidade, centros e instalacións deportivas pechadas, piscinas cubertas, e eventos multitudinarios ou aqueles que teñen autorizada a venda de alimentos ou bebidas para o seu consumo.

E en concreto, as medidas preventivas de seguridade sanitaria consistentes na exhibición de documentación que acredite o cumprimento de determinados requisitos para o acceso a estos establecementos, se contemplaban nas seguintes Ordes: Orde do 14 de setembro de 2021 pola que se aproba o novo Plan de hostalaría segura da Comunidade Autónoma de Galicia; Orde do 29 de setembro de 2021 pola que se aproba o novo Plan de lecer nocturno da Comunidade Autónoma de Galicia; Orde do 6 de outubro de 2021 que se refire á actividade dos albergues turísticos; Orde do 16 de novembro de 2021 que se refire aos centros hospitalarios; Orde do 16 de novembro de 2021 ue se refire aos centros hospitalarios, e Orde do 14 de decembro de 2021 que se refire aos centros sociosanitarios residenciais de maiores e de persoas con discapacidade, aos centros e instalacións deportivas pechadas, piscinas cubertas, e acceso a eventos multitudinarios ou a aqueles que teñan autorizada a venda de alimentos ou bebidas para o seu consumo durante eles.

As medidas contidas nestas Ordes, e nas posteriores que as modificaron, así como as súas prórrogas, foron autorizadas por esta Sala ao abeiro do disposto no artigo 10.8 da Lei 29/1998.

SEGUNDO: Medidas sanitarias das que se solicita a autorización xudicial: Prórroga da medida consistentes na exhibición de certificado COVID no ámbito da hostalaría, lecer nocturno, albergues turísticos, centros hospitalarios, centros sociosanitarios residenciais de maiores e de persoas con discapacidade, centros e instalacións deportivas pechadas, piscinas cubertas, e eventos multitudinarios ou aqueles que teñen autorizada a venda de alimentos ou bebidas para o seu consumo:

Coa solicitude presentada pola Letrada da Administración autonómica non se solicita por primeira vez autorización xudicial para adopción dunha medida que pode implicar limitación ou restricción de dereitos fundamentais, senon autorización xudicial das prórrogas de medidas desta natureza que xa viñan contempladas en Ordes anteriores, e que polo tanto foron obxecto de análise por esta Sala pola vía do

artigo 10.8 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdicción contencioso-administrativa.

A última resolución desta Sala foi o Auto 11/2022, do 28 de xaneiro de 2022, que autorizou as medidas contidas na Orde do 26 de xaneiro, isto é, a prórroga das Ordes anteriores da Consellería de Sanidade que as establecían como medidas de prevención nos indicados ámbitos, como consecuencia da evolución da situación epidemiolóxica derivada da COVID-19 na Comunidade Autónoma de Galicia.

A eficacia das medidas contidas na Orde do 26 de xaneiro esténdese ata as 00.00 horas do día 12 de febreiro de 2022, polo que o obxecto da Orde de 9 de febreiro de 2022, á que se refire a nova solicitude, é a prórroga das medidas ata as 00.00 horas do día 26 de febreiro de 2022.

A medida autorizada, nas condicións especificadas en cada Orde, e en canto referidas a cada ámbito específico de aplicación, foi a seguinte:

Medida preventiva de seguridade sanitaria consistente na exhibición 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 Recomendación 2021/C24/01, 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.

Nos Autos desta Sala de autorización da medida, ademais de tratar cuestións que despexan calquera dúbida sobre a cobertura normativa da competencia da Comunidade Autónoma de Galicia para a adopción de medidas sanitarias que impliquen unha limitación ou restrición de dereitos fundamentais, analizáronse aspectos esenciais como o ámbito espacial e temporal da medida, e a documentación técnica aportada.

Co obxecto de non ser reiterativos do que alí decíamos, remitímonos agora a argumentación exposta nos Autos do 1 de



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

octubro (DDFF 7642 /2021), 17 de outubro (DDFF D7734/21), 29 de outubro de 2021 (DDFF: 7686 /2021), 5 de novembro 2021 (DDFF 7751/2021), 18 de novembro de 2021 (DDFF: 7733/21), 3 de nadal 2021 (DDFF 7771/21 e DDFF 7772/2021), 16 de nadal (DDFF 7794/2021), 30 de nadal (DDFF 7824/2021), 14 de xaneiro 2022 (DDFF 7010/2022), e 27 de xaneiro 2022 (DDFF 7025/2022), dando igualmente por reproducido o xuízo de idoneidade, necesidade e proporcionalidade das medidas cuxa ratificación se instaba, e das que agora solicítase a súa prórroga.

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

1. 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 transmisíbel 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, ECLI:ES:TSJGAL:2021:176A, 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 antíxenos, e certificado de ter superado a enfermidade desde o día 11 ao 180) para o acceso ao interior de determinados establecementos onde se produce unha gran afluencia de persoas resulta adecuada e acorde coas esixencias derivadas de protección da saúde.

2. Sobre o xuízo de necesidade, idoneidade e proporcionalidade da medida consistente na exhibición do certificado COVID para o acceso a determinados establecementos, a Administración xustificou, a través de informes e estudos, a idoneidade e a eficacia da medida para impedir a transmisión do virus, pois como se dí no Auto ditado no procedemento de DDFP 7686/2021:

"o estado da ciencia revela dunha banda evidencia suficiente sobre a forma de transmisión do virus (...) e a ciencia amosou tamén a eficacia da vacina fronte este risco de contaxio".

E no Auto ditado no procedemento DDFP 7771/2021, aínda referido ao lecer nocturno, xa constatamos o resultado dos estudos científicos:

"O maior risco de infección en persoas non vacinadas ponse de manifesto en estudos como o de Israel, no que acharon que a vacinación completa coa vacina de Pfizer, tras 7 días ou máis da inoculación da pauta completa, ten unha estimación axustada da efectividade do 95,3% (IC del 95%: 94,9-95,7, e atoparon unha taxa de incidencia de 91,5 por 100 000 persoa-día nos non vacinados fronte ao 3,1 por 100 000 persoas-día en persoas completamente vacinadas.

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 locais de ocio nocturno, 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"

Deste xeito unga evidencia da que se fizo eco esta sal é da eficacia da vacina fronte ao risco de contaxio, según amosa a ciencia, e polo tanto da relación causal entre a esixencia de certificado COVID e a prevención eficaz en termos científicos "a posibilidade de esixir o certificado de vacinación en persoas que frecuentan ambientes de máis risco de infección (...), 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".



Tales consideracións xustifican a acreditación do xuízo de idoneidade da medida nos ámbitos para os que se interesa, pois neles existe un evidente risco de contaxio, ben pola aglomeración de persoas en locais -en moitas ocasións en espazos pechados e mal ventilados-, ou eventos multitudinarios, o que dificulta o manteñemento dunha distancia física, ou naqueles nos que se consumen alimentos ou bebidas ou teñan autorizada a súa venda e consumo, para o que se retira á máscara, ou ben porque se trata de espazos de aloxamento compartido, como é o caso dos albergues turísticos, ou de espazos nos que, ademais, coa medida cuxa prórroga se interesa, trátase de protexer a persoas que presentan unha especial vulnerabilidade, como son os pacientes hospitalizados ou as persoas de idade avanzada residentes en centros sociosanitarios residenciais de maiores e de persoas con discapacidade.

O xuízo de necesidade da medida en todos estes ámbitos, manténse na actualidade en canto a vacinación produce unha baixada do risco de transmisión e contaxio e pode ser substituída por outros dous elementos igualmente habilitantes para o acceso por parte de individuos non vacinados. Asimesmo cúmprense, de novo, as pautas que en Autos anteriores desta Sala xustificaron a proporcionalidade da medida cuxa prórroga se interesa: acceso a determinados establecementos onde ten lugar unha actividade de risco, existencia doutras alternativas ao certificado de vacinación -como é a proba diagnóstica de infección activa, ou pasar a enfermidade, e incluso a posibilidade de someterse voluntariamente a unha proba diagnóstica realizada no hospital, no caso do acceso aos centros hospitalarios; non recollida de datos-; e non extensión da medida ao grupo poblacional pendente da vacina, como son os menores de 12 anos, respecto dos cales a propia Administración admite que non estaría xustificado esixir o certificado COVID a unha poboación que ata o de agora non tivo acceso á vacina e que non pode presentar un certificado con pauta completa de vacinación. Ademais, según se dí no informe técnico aportado, existe evidencia do papel residual que xogan na transmisión do SARS-CoV-2, pese a que, inicialmente, se pensou que poderían ter o mesmo papel que teñen na transmisión da gripe.

3. As medidas de prevención que adoptan as autoridades sanitarias quedan suxeitas a un seguimento e avaliación continua co fin de garantir a súa adecuación á evolución da situación epidemiolóxica e sanitaria, de xeito que poderán ser modificadas ou levantadas según sexa a evolución epidemiolóxica en cada momento.

Este seguimento pode xustificar a necesidade de prorrogalas, como acontece neste caso atendendo á situación epidemiolóxica actual en Galicia.

Non pode levar a engano a tendencia decrecente da taxa de incidencia do virus dende o 10 de xaneiro, cunha porcentaxe de cambio diaria de -2,3%; nin que o día de hoxe coincida co segundo día de vixencia do Real Decreto 115/2022, de 8 de febrero, polo que se modifica a obrigatoriedade do uso de máscaras durante a situación de crisis sanitaria ocasionada polo COVID-19.

Por unha banda, atendendo á situación epidemiolóxica en Galicia, a taxa de incidencia ven de experimentar dende o 10 de outubro 2021 un forte incremento cunha porcentaxe de cambio diaria de 6,9%, de xeito que a tendencia decrecente que experimentamos na actualidade non é tal de alcanzar unha taxa de incidencia que se acerque á que tiñamos antes do 10 de outubro 2021, é dicir, ao comenzo da sexta ola. O día 29 de outubro 2021 a taxa de incidencia acumulada a 14 días, era de 18,17 casos por 100.000 habitantes, o día 7 de novembro, era de 28,68 casos por 100.000 habitantes, e o día 29 de novembro, era de 187,21 casos por 100.000 habitantes. E así foi medrando ata chegar a cotas que aínda baixando a partir do mes de xaneiro, a día 5 de febreiro a taxa de incidencia a 14 días éde 2.652,9 casos por 100.000 habitantes.

A porcentaxe de positividade das probas diagnósticas superou o 3% establecido en Galicia como nivel deste indicador de seguimento. Dende o 2 ao 5 de febreiro notificáronse un total de 17.299 casos novos de COVID-19. Os menores de 19 anos son os que presentan a incidencia máis elevada, seguido do grupo de 20 a 29 anos. En canto á taxa de hospitalización en unidades de agudos nos últimos 7 días aumentou de 14,43 ingresos por 100.000 habitantes o 29 de xaneiro a 16,91 o día 5 de febreiro. No que atinxe ás unidades de críticos (UCI), a taxa de hospitalización tamén aumentou a respecto da semana anterior, xa que a 29 de xaneiro a taxa de ingresos por 100.000 habitantes era de 0,78 e a día 5 de febreiro foi de 1,22.

Todos estos datos refléxanse no informe emitido pola Subdirectora Xeral de Información sobre Saúde e Epidemioloxía, que data do 8 de febreiro de 2022.

Nél recóllese unha ampla xustificación técnica sobre a utilidade dos 3 tipos de certificados COVID (de vacinación, de recuperación e dede probas diagnósticas), e sobre avaliación do risco de transmisión do virus asociado aos distintos



ámbitos aos que se estende a medida, acompañado de gráficas explicativas dos períodos medios de transmisibilidade do virus.

E por outra banda, aínda que o Real Decreto 115/2022, de 8 de febrero, modula o uso da máscara no exterior, eliminando a súa obrigabilidade nestes espazos, a obrigabilidade manténse en espazos interiores, como son os afectados pola medida cuxa prórroga se interesa. Tal como se dí na exposición de motivos do Real Decreto 115/2022, a evidencia dispoñible sobre a transmisión do virus nos diferentes ámbitos indica que o seu uso téñ un impacto maior en espazos interiores nos que se reúnen persoas que non conviven habitualmente, e en grandes aglomeracións nos que non se poden manter distancias de seguridade e se establecen interaccións con moitas persoas.

Polo tanto, manténse o xuízo de idoneidade, necesidade e proporcionalidade da medida cuxa autorización se solicita pois os valores que amosa o estudo técnico aportado seguen a ser elevados, o que indica que o virus continúa tendo unha elevada circulación. Continuamos nunha situación epidemiolóxica que determina un risco de transmisión do virus o que fai necesario manter a medida de exixencia de exhibición do certificado COVID para acceder a determinados establecementos, e polo tanto, para que o exercicio das actividades que neles se desenvolven sexa compatible coa contención da expansión do virus.

Todas estas consideracións determinan a procedencia da autorización xudicial da prórroga, ata as 00.00 horas do día 26 de febreiro de 2022, da eficacia das medidas previstas no puntos primeiro a quinto da Orde do 9 de febreiro de 2022 pola que se prorrogan diversas Ordes polas que se establecen medidas cualificadas de prevención como consecuencia da evolución da situación epidemiolóxica derivada da COVID-19 na Comunidade Autónoma de Galicia.

CUARTO.- Sobre as custas:

Tendo en conta a natureza deste procedemento non se fai pronunciamiento en materia de costas.

A SALA ACORDA.- Autorizar as medidas previstas nos puntos primeiro a quinto da Orde do 9 de febreiro de 2022 pola que se prorrogan diversas Ordes polas que se establecen medidas cualificadas de prevención como consecuencia da evolución da situación epidemiolóxica derivada da COVID-19 na Comunidade Autónoma de Galicia.

Notifíquese esta resolución ao Ministerio Fiscal e a Administración solicitante.

Contra esta resolución cabe recurso de casación, que se iniciará mediante escrito presentado ante a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo no 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/as anotados na marxe.