

III. Otras Resoluciones

Consejería de Sanidad

5347 *ORDEN de 22 de diciembre de 2021, por la que se establecen medidas excepcionales de control de la situación sanitaria de las personas que accedan a determinados establecimientos, instalaciones o actividades considerados de riesgo para la transmisión de la COVID-19, para frenar su propagación.*

Teniendo en cuenta los siguientes

ANTECEDENTES

Primero.- Mediante Orden de esta Consejería de 29 de noviembre de 2021 se autoriza la ampliación de aforos, número de personas por grupo y horarios de cierre previstos para cada actividad y espacio en los distintos niveles de alerta sanitaria por COVID-19 (BOC nº 250, de 9.12.2021). Orden que fue ratificada por Auto nº 219/2021 de 4 de diciembre de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, conforme a lo establecido en el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Segundo.- La medida adoptada por la citada Orden, al amparo de lo establecido en el artículo 23 del Decreto ley 11/2021, de 2 de septiembre, por el que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria y las medidas para el control y gestión de la pandemia de COVID-19 en Canarias, consiste en la aplicación de los aforos, número de personas por grupo y horarios de cierre vigentes en cada momento para cada actividad y espacio en el nivel de alerta inmediatamente inferior al existente en la isla correspondiente en los centros, instalaciones, actividades o espacios de uso público cuyos responsables opten voluntariamente por requerir a sus trabajadores y a sus usuarios mayores de 12 años y 3 meses la acreditación, también voluntaria, de ausencia de infección activa de COVID-19. Se articula la medida, como acertadamente señala la Sala, como un sistema de “recompensa” en el que a aquellos responsables de los centros, instalaciones, actividades o espacios de uso público que opten voluntariamente por la acreditación de ausencia de infección activa de COVID-19, se les recompensa permitiéndoles incrementar el aforo, número de personas por grupo y horario de cierre (de conformidad a los criterios especificados en el Decreto ley 11/2021), al crear entornos sanitariamente más seguros y con menor probabilidad de transmisión del virus.

Tercero.- La indicada medida se adopta como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica desde finales de septiembre hasta el 29 de noviembre, fecha en que se firma la Orden, con unos indicadores de incidencia crecientes, como se pone de manifiesto en los datos oficiales contenidos en los documentos del Ministerio de Sanidad y en los informes de la Dirección General de Salud Pública de 25 y 26 de noviembre señalados en el antecedente segundo de la repetida Orden departamental. Informes que destacan que la evolución de la pandemia, desde su inicio y a nivel mundial, se ha desarrollado mediante ondas epidémicas y descenso de casos entre ellas y que, la experiencia acumulada así como la nueva variante Ómicron de mucha mayor transmisibilidad, hacía prever que nos encontráramos ante una nueva onda expansiva.

Cuarto.- El informe de la Dirección General de Salud Pública de 21 de diciembre del presente, sobre la situación epidemiológica en Canarias pone manifiesto un crecimiento, en las tres semanas de diciembre transcurridas desde que se adoptara la repetida Orden de 29 de noviembre, mucho mayor de lo esperado con cotas jamás alcanzadas en toda la pandemia. Se transcribe, por su claridad y relevancia, el apartado 1 referido a la situación global:

“El indicador más utilizado para evaluar una situación epidemiológica es la incidencia acumulada (IA), ya sea a 7 días o a 14 días (IA7d e IA14d) y la relación entre ambas, que si la distribución de casos se mantiene homogénea en el tiempo, debería ser del 50%.

La IA7d ha ido modificándose de la siguiente manera (casos por 100.000 hab):

01/11/21	26,56
15/11/21	58,60
01/12/21	111,03
15/12/21	254,79
16/12/21	308,51
17/12/21	355,34
18/12/21	386,04
19/12/21	411,41 (se trata de la cifra más alta de IA7d que se ha alcanzado durante toda la pandemia).

Como se puede apreciar, no hemos entrado aún en fase estacionaria, por lo que es previsible una mayor subida de este indicador. La evolución en otras regiones de España y de Europa hacen anticipar que la incidencia puede elevarse de manera muy importante en próximas fechas. En otras regiones del país la situación es la siguiente (IA7d casos por 100,000 hab):

Castilla La Mancha (la menor IA7d)	163,41
Andalucía	258,00
Cataluña	278,00
Baleares	318,38
Madrid	502,93
País Vasco	639,09
Navarra	704,48
La Rioja (la mayor IA7d)	715,82
España	377,70

La Comunidad Autónoma de Canarias tiene una IA7d superior al conjunto de España y ocupa el lugar 8º de las 17 CCAA y dos ciudades autonómicas.

Según la misma fuente, en distintos países europeos la situación es la siguiente, teniendo en cuenta que, en este caso, la IA es a 14 días (casos por 100,000 hab):

Países Bajos	1459,4
Reino Unido	1218,5
Francia	1037,8
Alemania	780,7
España	609,4
Canarias	566,3
Portugal	568,5
Italia	429,7

Estas cifras reflejan que cada dos semanas, uno de cada 100 habitantes de los países que superan el umbral de 1000 casos/100.000 hab son diagnosticados de COVID-19. En Canarias, estas cifras de incidencia significarían diagnosticar más de 3.000 casos diarios de COVID-19.

Por otro lado, el indicador que compara la IA7d con la IA14d es de 73,1% para el 19 de diciembre de 2021, lo que significa que el diferencial entre las cifras de hace 14 días con las de hace 7 días sigue siendo mayor del esperado (50%), en un 171% más, por este motivo nuestra IA7d es superior a la media española y la IA14d superior: nuestra velocidad de crecimiento es superior a la media española.

Interesa destacar, también, las conclusiones del informe, conforme a las cuales:

“1. Se está asistiendo a un ascenso de casos en toda la Comunidad Autónoma, alcanzándose las IA7d más altas de toda la pandemia y es probable que siga creciendo, dado los antecedentes españoles y europeos, aunque en esta dos últimas semanas, Canarias ha crecido más rápido que el resto del territorio nacional.

2. La franja de edad más afectada (20-39 años) coincide con la que presenta más contactos sociales, más oportunidades de acudir a ocio nocturno en espacios cerrados y la que tiene un porcentaje menor de vacunación.

3. La isla más afectada es Tenerife, pero es previsible que las demás islas se afecten por igual en los próximos días.

4. Hay que considerar ya a la variante ómicron como la dominante en el archipiélago.

5. La situación asistencial refleja un nivel de riesgo alto, y que está mucho más comprometido en la red pública que en la privada, con lo que pudiera haber restricciones en cuanto a actividad quirúrgica programada de ciertas intervenciones.

6. La capacidad de rastreo está tremendamente limitada, lo que impide, ante la ausencia de medidas poblacionales, actuar en medidas individuales de aislamiento, instrucciones y detección de focos de contagio. Los que se han podido evaluar, vinculan macrobrotes con ocio nocturno (al menos tres de ellos en Tenerife, con un brote que casi llega a los 200 casos). Los hospitales, que han colaborado declarando sus brotes, informan que la mayoría de ellos tenían inicio en cenas de celebración navideña”.

Quinto.- En este estado de cosas, se hace preciso adoptar medidas más restrictivas para intentar contener cuanto esta fase expansiva de la infección, tal y como se está realizando en las restantes Comunidades Autónomas y, en general, a nivel internacional. No se pueden obviar, en esta situación, los efectos colaterales de la pandemia, que se agudizan con cada rebrote, tales como la demora que sufre la atención a las restantes patologías no-Covid, no habiéndose recuperado aún las ratios asistenciales pre-pandemia, es lo que se ha venido a denominar “pandemia silenciosa”, aún poco estudiada por la dinámica que sigue marcando la atención a la pandemia pero con datos muy preocupantes en determinadas patologías. Se ha de mencionar, igualmente, la crisis económica paralelamente desarrollada junto a la sanitaria y por causa de esta, que se resiente con cada situación expansiva de contagios. Finalmente mencionar, también, lo que se ha venido a denominar “fatiga pandémica”,

entendida como el agotamiento de la ciudadanía y de los propios gestores y agentes sanitarios frente a las circunstancias derivadas de la situación de pandemia de casi dos años de duración, que dificulta cada vez más el cumplimiento de las medidas y recomendaciones sanitarias. Todo ello durante el segundo periodo navideño consecutivo en situación expansiva y con medidas restrictivas. No obstante, es preciso continuar haciendo frente a la propagación del virus con las medidas recomendadas unánimemente por los científicos y ya sobradamente conocidas, que se materializan en la vacunación, el mantenimiento de la distancia social, el uso de mascarillas, la observancia de las normas de higiene, el uso de espacios ventilados y seguros, evitar los desplazamientos masivos de población.

Sexto.- Se pretende acometer en esta ocasión una medida similar a la establecida por otras Comunidades Autónomas y por otros países de nuestro entorno, cual es la exigencia para el acceso a determinados establecimientos y actividades de especial riesgo de las garantías científicamente admitidas que aportan seguridad al espacio en el que se relacionan sus ocupantes, minimizando las posibilidades de transmisión del virus y, en el caso de las personas que lleguen a desarrollar la enfermedad, la sintomatología más grave de la misma.

Se trata, por tanto, de exigir para el acceso a determinados establecimientos o actividades y con carácter obligatorio, la justificación de encontrarse en alguna de las siguientes situaciones con respecto a la COVID-19: libre de infección activa, vacunación con pauta completa o haber pasado la enfermedad en el periodo establecido. A tal efecto se deberá exhibir el justificante oportuno.

Los establecimientos y actividades en los que se exigirá son los que mayor riesgo de contagios ofrecen, relacionados habitualmente con actividades de ocio, o bien aquellos en los que exista especial relación con personas vulnerables, como es el caso de los establecimientos sanitarios o sociosanitarios.

Teniendo en cuenta los siguientes

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Las potestades administrativas que justifican la intervención de las autoridades sanitarias en la esfera de los particulares en situaciones de riesgo para la salud de las personas, mediante medidas de restricción o limitación de derechos para la protección de la salud y la prevención de la enfermedad, se encuentran reguladas, con carácter general, por el siguiente marco normativo:

A. En el ámbito estatal:

- La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública: faculta a las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas, dentro del ámbito de sus competencias, al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, para adoptar las medidas previstas en dicha Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad (artículo primero) pudiendo, con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, además de realizar las acciones preventivas generales, adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible (artículo tercero).

- La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad: precisa en su artículo 26 que en caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o de sus instalaciones y cuantas otras consideren sanitariamente justificadas, añadiendo que su duración se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, y no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó.

- La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública: en su artículo 54 prevé que, sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional, y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la autoridad competente de las Comunidades Autónomas puede adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley. En particular, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, se podrán adoptar mediante resolución motivada, entre otras, medidas de cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias; suspensión del ejercicio de actividades; o cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud. Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad.

B. En el ámbito autonómico:

- La Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias: contempla en el Capítulo II de su Título II la intervención administrativa de las actividades que pueden repercutir sobre la salud. Su artículo 24 establece la intervención administrativa para la prevención de la enfermedad, habilitando a las autoridades sanitarias para intervenir cuantas actividades, servicios, centros o establecimientos, sean públicos o privados, tengan incidencia en la salud individual o colectiva, y, en particular, para establecer, de acuerdo con la normativa básica del Estado, limitaciones preventivas de carácter administrativo para el desarrollo de las actividades, públicas y privadas, que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud; establecer prohibiciones y requisitos mínimos obligatorios y cualesquiera otras que le sean legalmente atribuidas. El artículo 25 prevé la intervención administrativa para la protección de la salud, habilitando a las autoridades sanitarias, en caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, para adoptar las medidas preventivas que consideren pertinentes y sean necesarias y eficaces para hacer desaparecer aquel riesgo o mitigar al máximo los efectos de su eventual materialización, tales como las órdenes generales y particulares, de hacer, no hacer o tolerar, la suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas, centros o establecimientos o de parte de sus instalaciones y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas.

La duración de tales medidas será la fijada en cada caso, sin que pueda exceder de la duración precisa para hacer frente a la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas.

Finalmente, el artículo 27 dispone que la intervención administrativa debe responder, en todo caso, a los principios generales de proporcionalidad de los medios respecto de los fines, limitación de los medios a lo estrictamente necesario, mínima afección a la libertad y a los derechos constitucionales, preferencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias e interdicción de las medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida.

- El Decreto ley 11/2021, de 2 de septiembre, por el que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria y las medidas para el control y gestión de la pandemia de COVID-19 en Canarias: Más específicamente, en materia de gestión de la COVID-19, este Decreto ley establece en el apartado 1 de su artículo 23, en relación con las medidas aplicables en los distintos niveles de alerta, que “con carácter general, una vez quede establecido un nivel de alerta en una isla, o en una unidad territorial inferior conforme al artículo 3 del presente Decreto ley, se aplicarán en dicho ámbito territorial las medidas previstas en el capítulo II de este Título para el nivel de alerta correspondiente. La aplicación será automática sin necesidad de mediar disposición o acto alguno”. Añadiendo en el apartado 2 que “la autoridad sanitaria podrá establecer medidas limitativas adicionales a las que conforman el régimen de cada nivel de alerta sanitaria, siempre que las considere necesarias y proporcionales conforme al régimen establecido con carácter general en la legislación sanitaria y de salud pública”.

En definitiva, la actividad de intervención administrativa en la esfera de los particulares por motivos de salud pública encuentra un pormenorizado amparo legal.

Segundo.- El Consejero de Sanidad ostenta la condición de autoridad sanitaria conforme a lo establecido en el artículo 28 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

Tercero.- Con carácter general y en aras de la brevedad procede dar por reproducidos los fundamentos jurídicos de la Orden de 29 de noviembre de 2021 y del Auto de ratificación nº 219/2021, señalados en el antecedente primero, dada su proximidad temporal y el tratarse de una medida similar, si bien con connotaciones diferentes derivadas de su carácter obligatorio motivado por la especial virulencia en la progresión de contagios.

Cuarto.- No obstante, procede insistir en la seguridad sanitaria que proporciona la vacunación, para admitirla como alternativa a la prueba diagnóstica de infección activa en beneficio de otorgar el mayor número de opciones a la ciudadanía y limitar lo más posible las restricciones que pudieran afectar a sus derechos fundamentales. Conserva íntegramente su validez y actualidad el informe de la Dirección General de Salud Pública de 25 de noviembre del presente sobre la actividad de la estrategia de vacunación COVID19 en nuestra Comunidad Autónoma. Asimismo a los datos insertados en el antecedente quinto de la Orden de 29 de noviembre conviene añadir los que se señalan a continuación, extraídos de los datos oficiales publicados por el Ministerio de Sanidad [(Actualización nº 519. Enfermedad por el coronavirus (COVID-19). 9.12.2021)], que reflejan una vez más que las personas vacunadas que llegan a desarrollar la enfermedad presentan por regla general una sintomatología más leve, con menores ingresos en UCI y menos fallecimientos.

En relación con dicha afirmación, son suficientemente significativas las tasas de incidencia y de gravedad semanal entre vacunados y no vacunados, que figuran en las tablas 7 y 8 del informe del Ministerio de Sanidad señalado:

Tabla 7. Número de casos y tasa de incidencia semanal según estado de vacunación. Datos entre el 04/10/2021 y el 28/11/2021. Población a partir de 12 años de 18 comunidades o ciudades autónomas con suficiente información sobre el estado de vacunación de los casos.

Semana epidemiológica	vacunados	No vacunados
04.10-10.10	16,91	53,92
11.10-17.10	18,49	56,20
18.10-24.10	20,22	56,59
25.10-31.10	22,29	61,10
01.11-07.11	31,20	78,71
08.11-14.11	50,72	108,58
15.11-21.11	76,09	152,78
22.11-28.11	100,02	200,88
Total	42,16	94,57

Tabla 8. Gravedad de los casos y tasa de incidencia media semanal por grupo de edad, según estado de vacunación. Datos entre el 04/10/2021 y el 28/11/2021. Población a partir de 12 años de 18 comunidades o ciudades autónomas con suficiente información sobre el estado de vacunación de los casos.

Grupo de edad	Gravedad	Vacunados Tasa semanal	No vacunados Tasa semanal
12-30	Casos	27,30	79,52
	Hospitalizados	0,14	1,51
	UCI	0,01	0,09
	Fallecidos	0,00	0,00
30-59	Casos	48,79	89,64
	Hospitalizados	0,64	5,22
	UCI	0,06	0,89
	Fallecidos	0,02	0,11
60-79	Casos	43,04	272,37
	Hospitalizados	3,52	54,00
	UCI	0,44	10,77
	Fallecidos	0,21	3,03
80 o más	Casos	31,67	140,63
	Hospitalizados	8,34	50,09
	UCI	0,18	3,56
	Fallecidos	1,70	14,46

Un último argumento cabe añadir a esta cuestión, cual es el derivado del propio 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 de COVID-19.

Señala en su Considerando 7:

“Las personas vacunadas o que hayan obtenido un resultado negativo en una prueba reciente de COVID-19 y las personas que se hayan recuperado de la COVID-19 en los últimos seis meses parecen tener un riesgo reducido de infectar a otras personas con el SARS-CoV-2, de acuerdo con datos científicos actuales y aún en evolución. La libre circulación de las personas que, de acuerdo con datos científicos sólidos, no suponen un riesgo significativo para la salud pública, por ejemplo porque son inmunes al SARS-

CoV-2 y no pueden transmitirlo, no debe restringirse, dado que tales restricciones no serían necesarias para alcanzar el objetivo de salvaguardar la salud pública. Cuando la situación epidemiológica lo permita, dichas personas no deben estar sujetas a restricciones adicionales a la libertad de circulación relacionadas con la pandemia de COVID-19, como la realización de pruebas para detectar la infección por el SARS-CoV-2 en vinculación con viajes o la cuarentena o el autoaislamiento en vinculación con viajes, salvo que esas restricciones adicionales, sobre la base de los últimos datos científicos disponibles y según el principio de cautela, sean necesarias y proporcionadas a efectos de salvaguardar la salud pública, y no discriminatorias”.

Una afirmación de ese tipo en una norma comunitaria como la señalada no es gratuita, debe presumirse suficientemente contrastada científicamente. Se trata de una norma directamente aplicable en los ámbitos nacionales cuyo objeto, según establece su artículo 1, es establecer “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 el ejercicio, por sus titulares, de su derecho a la libre circulación durante la pandemia de COVID-19. El presente Reglamento contribuirá asimismo a facilitar la supresión gradual de las restricciones a la libre circulación establecidas por los Estados miembros, de conformidad con el Derecho de la Unión, a fin de limitar la propagación del SARS-CoV-2, de manera coordinada”.

Quinto.- En el antecedente sexto de la presente Orden se describe la medida que se pretende acometer, por las razones expresadas en los antecedentes cuarto y quinto, así como en el informe de la Dirección General de Salud Pública de 21 de diciembre del presente sobre la situación epidemiológica en Canarias. A este respecto volver a insistir en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya señalada, destacando específicamente la Sentencia nº 1412/2021 de 1 de diciembre, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Sentencia recaída en recurso de casación nº 8074/2021, interpuesto por el Gobierno Vasco contra el auto nº 91/2021, de 22 de noviembre, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por el que no se autoriza la exigencia del Certificado Covid Digital de la Unión Europea (QR) prevista por la Orden de 17 de noviembre de 2021 de la Consejera de Sanidad del Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por la que se establece la exigencia del Certificado Covid Digital de la Unión Europea como medida adicional a las establecidas por la Orden de 6 de octubre de 2021, sobre medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 en la nueva normalidad una vez declarada por el Lehendakari la finalización de la situación de emergencia.

Dada la similitud de la medida adoptada por el País Vasco, procede entresacar algunos párrafos del Fundamento de Derecho quinto, que resultan de evidente aplicación a la medida que se pretende implantar por medio de la presente Orden. Señala:

“... ”

Establecido el marco normativo en el que ha de situarse este proceso especial, hemos de decir que, como observa el Ministerio Fiscal en sus alegaciones a este recurso de casación y ya antes apunta en la instancia el informe jurídico del Gobierno Vasco y destacó la Fiscal que intervino entonces, el supuesto es semejante al afrontado en nuestra tantas veces citada

sentencia nº 1112/2021, en la que entendimos procedente la exigencia del certificado covid cuya ratificación vio denegada la Junta de Galicia. Se trata de una sentencia dictada poco más de dos meses antes que el auto recurrido ahora, sobre cuyo contenido, sin embargo, nada dice este último a pesar de que fue considerada en la deliberación correspondiente, ya que fue alegada y la cita y también alude a ella el voto particular. Esa omisión nos parece especialmente significativa porque es innegable la proximidad, no solo temporal sino, sobre todo, material entre los supuestos y los problemas surgidos entonces y ahora”.

...

No cuesta esfuerzo advertir que, en realidad, las diferencias no son esenciales. En efecto, desde el punto de vista de los derechos afectados, la coincidencia es sustancial: los derivados del principio de igualdad y el derecho a la intimidad. Los que nos dice el auto que también sufren por la medida en cuestión --el derecho de reunión y las libertades de circulación, expresión y creación artística, así como el derecho al libre desarrollo de la personalidad- no padecen a causa de la medida de tal forma que implique una variación apreciable de los términos de la controversia.

Ni el derecho de reunión 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. Otro tanto puede decirse de las libertades de circulación y de las de 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. Y entender que esta medida pueda obstaculizar el libre desarrollo de la personalidad está fuera de toda proporción.

...

La distinta gravedad actual de la pandemia, la menor agresividad de la enfermedad en muchos casos, la más reducida ocupación hospitalaria y de las unidades de cuidados intensivos que en ocasiones precedentes no justifican prescindir de las prevenciones necesarias para evitar que se reproduzcan los momentos críticos del pasado. De otro lado, la muy elevada cifra de vacunados no está impidiendo el incremento de los contagios mientras que no se conoce durante cuánto tiempo será efectiva su inmunización y no hay duda de la existencia de un número de no vacunados mayores de 12 años suficiente para facilitar la propagación del virus y, por tanto, de la enfermedad no solo entre ellos mismos.

...

En definitiva, no vemos diferencias relevantes entre la situación que examinamos en Galicia y la aquí subyacente. Y tampoco encontramos en la fundamentación del auto nº 91/2021 argumentos que deban llevarnos a reconsiderar lo que dijimos en la sentencia nº 1112/2021, de 14 de septiembre. Por el contrario, al ejercer el control preliminar previsto por el artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción, nos parece que la exigencia del certificado covid o pasaporte sanitario previsto en 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 de COVID-19, para acceder a los establecimientos identificados en la Orden de la Consejera de Salud del Gobierno Vasco de 17 de noviembre de 2021 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, como ya dijimos en la sentencia nº 1112/2021, de 14 de septiembre, sin afectar a otros de manera apreciable”.

Sexto.- En cuanto a los establecimientos, instalaciones o actividades en los que se pretende aplicar la medida, ya se ha indicado en el antecedente sexto que se trata de dos modalidades: los que mayor riesgo de contagios ofrecen relacionados habitualmente con actividades de ocio, o bien aquellos en los que exista especial relación con personas vulnerables, como es el caso de los establecimientos sanitarios o sociosanitarios. El informe de propuesta de adopción de medidas específicas para frenar la transmisión del SARS-CoV-2 en la Comunidad Autónoma de Canarias, suscrito por el Director General de Salud Pública el 21 de diciembre actual, expone con meridiana claridad las razones que justifican el riesgo que representan para favorecer la propagación de la enfermedad, que es lo que justifica la aplicación de en los mismo de la medida en cuestión.

Son de destacar las siguientes afirmaciones:

“En estos momentos, es imprescindible la implementación de ciertas medidas de prevención que se habían flexibilizado por la mejora de los datos epidemiológicos tras la quinta onda y la apuesta única a la vacuna y que ahora, en pleno ascenso de esta sexta onda epidémica, de la que a fecha de hoy desconocemos el techo que pueda alcanzar en el archipiélago, hay que introducir en determinados escenarios ya conocidos que conllevan un elevadísimo riesgo de transmisión y en aquellos ámbitos territoriales en los que ese riesgo además ya es alto o muy alto:

- Cualquier actividad que se realice en el interior y en especial si no reúne unas condiciones mínimas de ventilación que permitan la renovación del aire ambiente y la ventilación cruzada.
- Actividades en las que se produce la aglomeración de personas y con dificultad de mantener una distancia mínima de seguridad frente a la transmisión del SARS-CoV-2.
- Establecimientos sociosanitarios residenciales o centros de día en los que conviven personas críticamente vulnerables a la COVID-19.

Por otra parte, tenemos la experiencia de lo sucedido durante la quinta onda epidémica, que se caracterizó por un mayor riesgo de infección en los jóvenes, con tasas de incidencia en estos grupos que crecieron exponencialmente y la flexibilización de las medidas de protección que contribuyó a que la infección se expandiera a los entornos de convivencia familiar, laboral y social de otros grupos de edad en los entornos familiares, hasta impactar en los grupos de mayor edad y en los individuos más vulnerables, incrementándose la gravedad de los casos y el número de defunciones”.

...

“Este riesgo, en términos globales y como es ya conocido, se asocia con la transmisión por aerosoles. Partiendo de la evidencia de que los aerosoles generados por personas con infección activa contienen virus viables, la probabilidad de infección de otras personas va a depender de la exposición a estos aerosoles.

El riesgo de infección de los aerosoles existirá si existe “exposición” que a su vez dependerá de la existencia de ciertos factores asociados al emisor, a la persona susceptible o receptor y al contexto de esta exposición, sobre todo en circunstancias de proximidad al caso, cuando el contacto se produce durante tiempo prolongado y en espacios cerrados y mal ventilados. Estos factores determinan que cualquier actividad que incremente el volumen o intensidad de la exhalación de aire (toser, estornudar, hablar, gritar, cantar, ejercicio físico), el desplazamiento de personas, no usar mascarilla o no usarla adecuadamente, no mantener la distancia de seguridad interpersonal o la falta de ventilación en espacios interiores, incrementa ese riesgo.

a) Varias de estas circunstancias confluyen en los espacios interiores de establecimientos de hostelería y en este contexto, los factores que incrementan el riesgo de transmisión por aerosoles son al menos dos: la disminución de la distancia interpersonal en una actividad incompatible con el uso de la mascarilla.

Además, hay que tener en cuenta que:

- Durante las comidas no es posible una distancia de seguridad entre comensales de una misma mesa ni hacer uso de la mascarilla, principal método de protección individual de eficacia demostrada en la disminución de la emisión e inhalación de aerosoles.

- Las relaciones sociales y familiares en torno a la mesa se producen frecuentemente entre personas no convivientes.

- Las comidas suelen conllevar conversaciones que en caso de ruido de fondo se producen en voz alta, actividad que conlleva una mayor transmisión de aerosoles y por tanto un mayor riesgo de contagio que otras actividades que puedan realizarse en silencio.

- Las actividades más prolongadas suponen mayor riesgo que las actividades breves. Estar a menos de 2 metros de una persona con COVID-19 durante 15 minutos o más en 24 horas aumenta en gran medida el riesgo de enfermarse.

- Las actividades en espacios cerrados suponen mayor riesgo que las actividades al aire libre en las que la dilución de los aerosoles emitidos se produce más rápidamente.

- Puede haber clientes que por sus condiciones tengan mayor riesgo de enfermarse gravemente (personas de mayor edad o condiciones de salud específicas).

- El consumo de alcohol conlleva la relajación de las medidas preventivas.

En estos momentos de la pandemia, existe una amplia evidencia científica del de transmisión en espacios interiores dedicados a la restauración 2 y existen datos disponibles en nuestra Comunidad Autónoma sobre los brotes detectados en establecimientos de hostelería y restauración.

b) Asimismo, estos factores confluyen también en los espacios interiores en los que se realiza actividad física, en el momento en el que hay más de una persona realizando ejercicio físico y en este contexto, los factores que incrementan el riesgo de transmisión por aerosoles son al menos dos: la actividad física intensa y la disminución de la distancia interpersonal en momentos de gran esfuerzo físico y en los que se produce una exhalación y una inhalación de aerosoles intensa y profunda.

También existe una amplia evidencia científica del de transmisión en espacios interiores dedicados a la actividad física y existen datos disponibles en nuestra Comunidad Autónoma sobre los brotes detectados en los gimnasios.

c) Otro de los escenarios que incrementa el riesgo de contagio es aquel en el que existe una alta concentración de personas, como los asociados a diversos eventos bien sean de carácter deportivo, espectáculos públicos o festivales, entre otros, que, aunque tengan lugar al aire libre, en un contexto en que la intensidad de la circulación es tan elevada como en este momento, son facilitadores de la difusión de la infección. Y para comprender la importancia de establecer actuaciones en estos ámbitos, hay que tener en cuenta que:

1. El SARS-CoV-2, vive y se multiplica en la mucosa de las vías aérea de las personas. Por tanto, somos las personas las que “portamos” el virus y somos la fuente de emisión del virus.

2. La manera en la que emitimos el virus es a través de los aerosoles y minúsculas gotas que se desprenden al hablar, toser, jadear, cantar etc.

3. Si no hay personas en el lugar en el que un individuo infectado emite esos aerosoles o pequeñas gotas, no existe riesgo de que se transmita el virus (no existe un receptor), a excepción de que sea en espacios interiores, donde si posteriormente se incorpora otra persona, pueden quedar aerosoles suspendidos en el aire interior.

4. La probabilidad de infección existe entonces, cuando una persona sana recibe esas partículas emitidas por la persona infectada: para lo que tiene que compartir dos vectores fundamentales: espacio y tiempo, de manera que:

a. Cuanto mayor es el tiempo que una persona sana comparte con una persona infectada, mayor es la probabilidad de infectarse.

b. Cuanto menor es la distancia que separa a esas dos personas, mayor es la probabilidad de que se produzca esa transmisión del virus a la persona sana.

c. Del conjunto de variantes que se pueden generar de este virus, sobreviven aquellas que son más transmisibles y que terminan siendo las predominantes en un territorio. Esto es lo que ocurre con la variante Ómicron, y que hace que en las situaciones descritas en los epígrafes a y b, la probabilidad de transmisión sea aún superior en las mismas circunstancias.

5. Estos dos vectores, son básicos para que exista el contagio entre personas, y por tanto constituyen el eje sobre el que giran muchas de las medidas no farmacológicas que se han venido aplicando.

6. Por tanto, cuanto menor número de personas comparten un espacio y un tiempo, y cuanto mayor es la distancia entre ellas, la probabilidad de que un contagiado transmita el virus a otra disminuye de manera proporcional, facilitando por tanto la interrupción de la transmisión y de la cadena de contagios, (que existiría de otra manera y en otras circunstancias: mayor proximidad, mayor agrupación de personas etc) mediante el mantenimiento de la distancia de seguridad interpersonal y graduando el número de personas que se agrupan en los espacios, entre otras medidas”.

Séptimo.- Procede analizar finalmente si la medida a adoptar presenta los rasgos de adecuación, necesidad y proporcionalidad que, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo nº 719/2021, de 24 de mayo (casación nº 3375/2021), justifican su adopción.

En el mismo sentido la STC 96/2012 , de 7 de mayo, señala los criterios a seguir, debiéndose constatar si se cumplen los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

En los antecedentes y fundamentos de la presente Orden se describen pormenorizadamente la finalidad y contenido de la medida que se presente establecer, así como las circunstancias y motivos que han dado lugar a optar por la adopción de la misma. En síntesis podemos entresacar las siguientes conclusiones:

La finalidad perseguida por la medida es implementar actuaciones que, ante el incremento actual y previsible de la incidencia del virus, superior en gran medida al esperado y sin precedentes en toda la pandemia, permitan contribuir a frenar dicho incremento, salvaguardando así la salud y la vida de muchas personas, además de minimizar los efectos colaterales que produce dicho incremento de la incidencia (“pandemia silenciosa”, “fatiga pandémica”, crisis económica, entre otros) todo ello además durante un periodo tan significado como las fiestas navideñas. Se pretende articular un procedimiento respetuoso con los derechos fundamentales, con una mínima incidencia en la esfera privada de la ciudadanía.

La idoneidad de la medida (susceptibilidad para conseguir el objetivo propuesto) viene determinada por su contenido, consistente en la creación de espacios sanitariamente seguros, lo que permitirá minimizar el riesgo de contribuir a la propagación del virus, minimizará también el riesgo de incremento de estados patológicos graves, lo que contribuirá a la preservación de la capacidad asistencial del sistema de salud. Indirectamente se estimula la vacunación lo que contribuye a aumentar la cobertura para tender al 100%.

La necesidad de la medida (su necesidad en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia). La experiencia ha demostrado que contra este virus y sus ciclos de expansión, cualquier medida que contribuya a evitar su propagación, reduciendo los contactos entre las personas, o haciendo que estos sean seguros, es necesaria para su contención. A estas alturas de la pandemia, la eficacia de este tipo de medidas de reducción y seguridad en los contactos interpersonales están fuera de toda duda.

La proporcionalidad de la medida (equilibrio entre beneficios o ventajas para el interés general y perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto) resulta evidente a la vista de la jurisprudencia citada cual es el alcance y prevalencia de los derechos fundamentales en juego en con esta medida. Finalmente destacar un dato relevante cual es la tasa de vacunación del 86,56% en nuestra Comunidad Autónoma, esto determina que los potenciales perjudicados por la afectación de derechos fundamentales es un 13,44% de la población, frente al 86,56% directa o indirectamente beneficiado por la mejora de las circunstancias económicas y sociales, así como por la protección de su salud, que resulta evidente que les preocupa en la medida en que han optado voluntariamente por la vacunación.

Limitación de la medida, se establece un límite temporal de un mes, sometido a seguimiento y evaluación. Asimismo se aplica a los establecimientos y actividades en los que se ha constatado científicamente que es mayor el riesgo de propagación, tanto por el tipo de personas que los frecuentan como por la actividad que en los mismos se desarrolla. Por otro lado se aplicará a las islas que se encuentren en niveles altos o muy altos de riesgo (niveles 3 y 4) y no afecta a actividades esenciales, ofreciéndose dos opciones diferenciadas a los ciudadanos que quieran acceder a los mismos.

De conformidad con lo anteriormente expuesto y en el ejercicio de las competencias que como autoridad sanitaria me otorga el artículo 28 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, y las restantes disposiciones citadas,

RESUELVO:

Primero.- Objeto y ámbito de aplicación.

1. La presente Orden tiene por objeto establecer medidas excepcionales de control de la situación sanitaria de las personas que accedan a determinados establecimientos, instalaciones o actividades considerados de riesgo para la transmisión de la COVID-19, para frenar su propagación.

2. La presente Orden será de aplicación en las islas que se encuentren en los niveles 3 y 4 de alerta sanitaria, conforme a lo establecido en el Título III del Decreto ley 11/2021, de 2 de septiembre, por el que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria y las medidas para el control y gestión de la pandemia de COVID-19 en Canarias.

Segundo.- Requisitos sanitarios de acceso a determinados establecimientos, instalaciones o actividades de uso público.

1. El acceso a los establecimientos, instalaciones o actividades de uso público que se relacionan en el apartado resolutivo siguiente por los usuarios mayores de 12 años y 3 meses, requerirá la acreditación de ausencia de infección activa de COVID-19.

2. La acreditación de la ausencia de infección activa se realizará mediante la exhibición del resultado negativo de una prueba diagnóstica de infección activa de COVID-19, realizada en laboratorio legalmente autorizado con una antelación máxima de 48 horas, no siendo admisibles las pruebas de autodiagnóstico.

3. Dicha acreditación podrá ser sustituida, a opción del interesado, bien por la acreditación de vacunación contra dicha enfermedad mediante la exhibición de un certificado oficial de haber recibido la pauta completa de vacunación conforme a lo establecido en la Estrategia de vacunación frente a COVID-19 en España, a partir de los 14 días posteriores a la fecha de administración de la última dosis de la pauta vacunal completa, o bien por la acreditación de haber pasado la enfermedad entre los 11 y los 180 días previos, mediante la exhibición de un certificado oficial.

4. La acreditación de cualquiera de las circunstancias señaladas en los apartados anteriores se realizará mediante la exhibición del correspondiente certificado oficial, en soporte digital o en soporte papel, a las personas designadas para el control de accesos por parte de la persona titular o responsable del establecimiento, instalación o actividad, quienes realizarán su comprobación.

5. No se conservarán los datos que contienen dichos documentos, ni se podrá hacer uso de ellos para ninguna otra finalidad que la mencionada de control de acceso. Tampoco se podrán generar ficheros o registros con los mismos. 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.

6. En la entrada de los establecimientos, instalaciones o actividades, en una zona visible, 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.

7. La ejecución de esta medida respetará, 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, así como la aglomeración de personas durante la espera o la realización de la comprobación.

8. Será responsabilidad de cada usuario asegurar la veracidad de los datos aportados.

Tercero.- Establecimientos, instalaciones o actividades de uso público para cuyo acceso se requerirá la acreditación de determinados requisitos sanitarios.

1. La acreditación de los requisitos sanitarios establecidos en el apartado resolutivo anterior será exigible para el acceso a los siguientes establecimientos, instalaciones o actividades de uso público, de titularidad pública o privada:

a) Establecimientos de hostelería y restauración abiertos a la pública concurrencia, cuya resolución de otorgamiento de licencia de apertura tenga un aforo superior a 30 personas. Quedan exceptuados de esta medida los comedores (no cafeterías) de centros docentes de enseñanza reglada, respecto del alumnado y profesorado.

b) Establecimientos y actividades de ocio nocturno, cuya resolución de otorgamiento de licencia de apertura tenga un aforo superior a 30 personas, así como en aquellos otros en los que, con independencia de su aforo, esté permitido el consumo de comida.

c) Establecimientos y espacios dedicados a actividades recreativas y de azar, cuya resolución de otorgamiento de licencia de apertura tenga un aforo superior a 30 personas, así como en aquellos otros en los que, con independencia de su aforo, esté permitido el consumo de comida.

d) Eventos y celebraciones con concentración de personas y festivales de música con asistencia de más de 500 personas, así como en aquellos otros en los que, con independencia de su aforo, esté permitido el consumo de comida o bebida.

e) Eventos deportivos con asistencia de más de 500 personas, así como en aquellos otros en los que, con independencia de su aforo, esté permitido el consumo de comida o bebida.

f) Espectáculos públicos con asistencia de más de 500 personas, así como en aquellos otros en los que, con independencia de su aforo, esté permitido el consumo de comida o bebida.

g) Actividades culturales en cines, teatros, auditorios y similares, cuya resolución de otorgamiento de licencia de apertura tenga un aforo superior a 50 personas, así como en aquellas otras en las que, con independencia de su aforo, esté permitido el consumo de comida o bebida.

h) Gimnasios y equipamientos similares.

i) Establecimientos y centros sanitarios para las visitas a los pacientes ingresados, así como para acompañar a los usuarios a consulta, pruebas diagnósticas, curas o tratamiento, excepto en los supuestos de menores, discapacitados, dependientes o personas cuyas circunstancias de salud o de cualquier otro tipo los requieran, a criterio del personal sanitario del centro o establecimiento.

j) Establecimientos sociosanitarios residenciales o de día, para las visitas y personas ajenas a la institución.

2. La acreditación de los requisitos sanitarios se requerirá para el acceso tanto a los espacios abiertos como a los espacios cerrados de los establecimientos, instalaciones o actividades señaladas en el apartado anterior.

Cuarto.- Protección de datos personales.

Se respetará en todo caso lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Quinto.- Régimen sancionador.

El incumplimiento del contenido de la presente Orden será sancionado con arreglo a lo establecido en la Ley 1/2021, de 29 de abril, por la que se establece el régimen sancionador por incumplimiento de las medidas de prevención y contención frente al COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Canarias.

Sexto.- Ratificación judicial.

La presente Orden se someterá a ratificación judicial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Séptimo.- Efectos.

Esta Orden tiene carácter temporal, su eficacia quedará condicionada a la ratificación por Tribunal Superior de Justicia de Canarias, produciendo efectos en caso de ratificación judicial desde el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de Canarias y por periodo de un mes, sin perjuicio de la posibilidad de una nueva prórroga en función de la evolución de la situación epidemiológica.

Octavo.- Publicación.

La presente Orden se publicará en el Boletín Oficial de Canarias.

Noveno.- Régimen de recursos.

Contra la presente Orden, dictada como autoridad sanitaria de conformidad con el artículo 28 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en el plazo de dos (2) meses a contar desde el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de Canarias, sin perjuicio de cualquier otro que pudiera interponerse, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Canarias, a 22 de diciembre de 2021.

EL CONSEJERO
DE SANIDAD,
Blas Gabriel Trujillo Oramas.