



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO  
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN  
SEGUNDA

Plaza San Francisco Nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 47 93 99

Fax.: 922 479 423

Email: s2contadm.tfe@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen:  
0000231/2021-00

Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso-  
Administrativo. Sección Segunda de Santa Cruz de  
Tenerife

Procedimiento: Procedimiento ordinario

Nº Procedimiento: 0000231/2021

No principal: Pieza de medidas  
cautelares - 01

NIG: 3803833320210000348

Materia: Otros actos de la Admon

Resolución: Auto 000250/2021

Intervención:

Demandante

Demandado

Interviniente:

CÍRCULO DE EMPRESARIOS Y  
PROFESIONALES DEL SUR DE TENERIFE

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

Procurador:

LUISA MARIA NAVARRO GONZALEZ DE  
RIVERA

## AUTO

Ilmos./as Sres./as

Presidente

D./D<sup>a</sup>. JUAN IGNACIO MORENO-LUQUE CASARIEGO (Ponente)

Magistrados

D./D<sup>a</sup>. MARÍA DEL PILAR ALONSO SOTORRÍO

D./D<sup>a</sup>. EVARISTO GONZÁLEZ GONZÁLEZ

En Santa Cruz de Tenerife, a 29 de julio de 2021.

## ANTECEDENTES DE HECHOS

**PRIMERO.-** En el recurso contencioso-administrativo referido en el encabezamiento de esta resolución, por la parte actora se solicita la adopción de medidas cautelares, sin oír a la parte contraria: Relativas a limitaciones por razón de Covid-19

**SEGUNDO.-** Formada pieza separada para su tramitación, se acordó dejar los autos sobre la mesa del Ilmo. /a Sr. /a Magistrado/a ponente a fin de dictar la resolución correspondiente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** El artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) establece que:



“1. Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto:

a) Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.

En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63.

b) No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo.

2. En los supuestos que tengan relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad, el órgano jurisdiccional oír al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto al que hace referencia el apartado primero de este artículo.”

El apartado 1.a) prevé, por tanto, dos decisiones, la primera consiste en la apreciación de las circunstancias de especial urgencia y la segunda en adoptar o denegar la medida. La urgencia no implica necesariamente la adopción de la medida, porque entonces el legislador habría dicho “apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar la medida”, pero ha dicho “apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida”, dejando así claramente establecido que la urgencia es el presupuesto procesal, es la condición para dar el trámite de inaudita parte, pero a continuación deberá examinarse si concurren las condiciones necesarias para adoptar la medida que se solicita.

**Segundo.-** En cuanto a la decisión de fondo, la Sala no puede dejar de lado el examen de los criterios esenciales fijados en la Sentencia del Tribunal Supremo 1092/2021 fundamento Quinto que han dado lugar a la conformación de argumental jurídico de este Tribunal en su Auto de 14 de julio de 2021 que acordó no autorizar las medidas del Anexo del Acuerdo de Gobierno de 8 de julio de 2021.

En efecto, recoge la Sentencia del TS, dentro del juicio de la Sala en el contexto del recurso de casación que; en la Sentencia de 24 de mayo de 2021, FJ Cuarto, en que también fue parte recurrente la Comunidad Autónoma de Canarias se argumentó sobre el artículo 15 del Real Decreto-Ley 8/2021, d 4 de mayo, que ha introducido en nuestro orden jurisdiccional el recurso de casación contra los Autos dictados en el procedimiento de ratificación de medidas limitativas de derechos fundamentales por razones de salud pública, que afecten a destinatarios, no



identificados individualmente, incorporado en los artículos 10.8 y 11.1. i) de la Ley de la Jurisdicción por la Ley 3/2020 de 18 de septiembre.

En aras al principio de brevedad remitiéndose a la citada Sentencia <<No obstante, vamos a recalcar que: I) las medidas sanitarias aún no ratificadas judicialmente no despliega efectos, ni son aplicables, II) el tribunal actuante no sustituye la imprescindible habilitación normativa en que ha de descansar la medida de que se trate, III) el juicio del tribunal al que se somete la ratificación ha de constatar la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas dispuestas v) es la Administración la que debe justificar que existe riesgo de propagación de una enfermedad transmisible y también la que ha de explicar que la medida restrictiva de derechos que se propone, es **adecuada, imprescindible y proporcionada.**>>

Igualmente en aras a la adecuación nos remitimos a nuestros Autos 157/2021, de 28 de junio, 164/2021, de 5 de julio y el 168/2021, de 14 de julio, y aportando la parte solicitante datos procedentes del Ministerio de Sanidad que muestran un empeoramiento no sustancial de la situación, con meras cifras de contagios y una cierta elevación de la presión hospitalaria, que ni alcanza niveles parecidos a los que justificaron el Estado de Alarma y las medidas excepcionales de limitación de derechos fundamentales.

**Tercero:** Pues bien en este sentido lo realmente polémico consiste en la medida de conversión de los hoteleros, detentadores de actividades de ocio y empleados, quienes no tiene obligación de enseñar a sus clientes sus certificados Covid-19, porque la vacunación no es obligatoria; pero son habilitados por arte de la medida en controladores de la Salud pública pasando a invadir el campo del derecho a la intimidad personal regulado en el art. 18 de la CE, que comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas (STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2), quedando afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma, o cuando, habiéndose accedido de forma legítima a dicha información, se divulga o utiliza sin consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de dicho consentimiento”. También el TEDH ha insistido en la importancia que para la vida privada poseen los datos de salud (en este sentido, STEDH de 10 de octubre de 2006, caso L.L. c. Francia, § 32), señalando que “el respeto al carácter confidencial de la información sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados parte en la Convención”, por lo que “la legislación interna debe prever las garantías apropiadas para impedir toda comunicación o divulgación de datos de carácter personal relativos a la salud contraria a las garantías previstas en el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (SSTEDH caso Z. c. Finlandia, de 25 de febrero de 1997, § 95, y caso L.L. c. Francia, § 44)”.

**Cuarto:** En consecuencia en el punto 3.2 del Anexo Hostelería y Restauración, no cabe exigir la aportación o exhibición de estos datos en ese contexto y como consecuencia de ello, el límite de aforo en el interior de los establecimientos de hostelería y restauración queda en un 50 % tanto en nivel 3 como en nivel 4 y sin que se pueda exigir ni tener en cuenta la tenencia o ausencia de certificado COVID-19 mostrativo de pauta vacunal completa, prueba diagnóstica de infección activa (con exclusión de autotests diagnósticos)



con resultado negativo y realizada dentro de las últimas 72 horas o certificación de haber pasado la infección en los últimos seis meses.

Lo mismo decimos respecto del punto 3.7 del Anexo, en cuanto a cines, teatros y auditorios y otros espacios culturales, que se considera proporcional la medida de restricción del 55% en nivel de alerta 4, pero sin comprobaciones de datos de salud.

Lo mismo respecto del punto 3.13.2 Actividad física no federada en zonas interiores, que no tiene porque ser discriminada al 33% que avoca al cierre del establecimiento, cuando no esta mínimamente acreditado una especial incidencia de contagio en gimnasios o que la reducción al 33% vaya a ser el remedio pretendido por la limitación; debiendo quedar la restricción en el 55% en nivel de alerta 4, sin comprobaciones de datos de salud.

En cuanto a la solicitud de suspensión de la recurrente sobre prohibición del ocio nocturno y cierre completo de playas y espacios públicos desde las 22 horas, salvo error u omisión y teniendo a la vista la resolución impugnada, no constan localizadas en el Anexo. Sin prejuzgar lo que acordemos sobre mantenimiento, modificación o revocación de la presente una vez verificado el trámite de audiencia, que se concede a ambas partes, dado que estamos ante una estimación parcial de lo solicitado.

#### PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda:

1º) Suspender cautelarmente la ejecución de las medidas 1.6; 3.2; 3.7; 3.13.2 de las que constan en el Anexo de la Resolución de 23 de julio de 2021, publicada en el Boletín Oficial de Canarias de 26 de julio de 2021, únicamente en los siguientes puntos:

a) Queda suspendido el cierre total entre 00:00 y 06:00 horas que para el Nivel 4 establece la medida 1.6

b) La medida 3.2; 3.7; y 3.13.2, queda suspendida en cuanto a la exigencia de certificado COVID-19 mostrativo de pauta vacunal completa, prueba diagnóstica de infección activa (con exclusión de autotests diagnósticos) con resultado negativo y realizada dentro de las últimas 72 horas o certificación de haber pasado la infección en los últimos seis meses.

El límite de aforo en el interior de los establecimientos de hostelería y restauración queda fijado en un 50 % tanto en nivel 3 como en nivel 4 y sin que se pueda exigir ni tener en cuenta la tenencia o ausencia de certificado COVID-19 mostrativo de pauta vacunal completa, prueba diagnóstica de infección activa (con exclusión de autotests diagnósticos) con resultado negativo y realizada dentro de las últimas 72 horas o certificación de haber pasado la infección en los últimos seis meses.

El límite de aforo en el interior de gimnasios y actividades físicas no federada en zonas interiores; así como cines, teatros, auditorios y espacios culturales queda fijado en el 55% para el nivel 4 y sin que se pueda exigir ni tener en cuenta la tenencia o ausencia de certificado COVID-19 mostrativo de pauta vacunal completa, prueba diagnóstica de infección activa (con exclusión de autotests diagnósticos) con resultado negativo y realizada dentro de las últimas 72 horas o certificación de haber pasado la infección en los últimos seis meses.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



2º) Dar traslado a ambas partes para que en el plazo máximo de tres días hábiles aleguen loque estimen procedente respecto al mantenimiento, modificación o revocación de lo acordado.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por este Auto lo acordamos, mandamos y firmamos.