

1. Disposiciones generales

CONSEJERÍA DE SALUD Y FAMILIAS

Resolución de 19 de diciembre de 2021, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden de la Consejería de Salud y Familias de 16 de diciembre de 2021, por la que se establece la medida preventiva de salud pública relativa al Certificado COVID-19 o prueba diagnóstica para el acceso de las personas usuarias al espacio interior de establecimientos de hostelería, ocio y esparcimiento.

La Consejería de Salud y Familias ha dictado la Orden de 16 de diciembre de 2021, por la que se establece la medida preventiva de salud pública relativa al Certificado COVID-19 o prueba diagnóstica para el acceso de las personas usuarias al espacio interior de establecimientos de hostelería, ocio y esparcimiento.

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo en Granada, Sección Primera, en el Auto número 550/21, de 17 de diciembre de 2021, dispone que se ratifica la Orden por la que se establece la medida preventiva de salud pública relativa al Certificado COVID-19 o prueba diagnóstica para el acceso de las personas usuarias al espacio interior de establecimientos de hostelería, ocio y esparcimiento.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, en relación con el artículo 7.1.f) del Decreto 105/2019, de 12 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y Familias y del Servicio Andaluz de Salud,

R E S U E L V O

Dar publicidad a la Orden de la Consejería de Salud y Familias de 16 de diciembre de 2021, por la que se establece la medida preventiva de salud pública relativa al Certificado COVID-19 o prueba diagnóstica para el acceso de las personas usuarias al espacio interior de establecimientos de hostelería, ocio y esparcimiento, ratificada por el Auto Número 550/21, de 17 de diciembre de 2021, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo en Granada, Sección Primera, que figura como anexo a la presente resolución.

Sevilla, 19 de diciembre de 2021.- La Secretaria General Técnica, Asunción Lora López.

A N E X O

ORDEN DE 16 DE DICIEMBRE DE 2021, POR LA QUE SE ESTABLECE LA MEDIDA PREVENTIVA DE SALUD PÚBLICA RELATIVA AL CERTIFICADO COVID-19 O PRUEBA DIAGNÓSTICA PARA EL ACCESO DE LAS PERSONAS USUARIAS AL ESPACIO INTERIOR DE ESTABLECIMIENTOS DE HOSTELERÍA, OCIO Y ESPARCIMIENTO

La Orden de 7 de mayo de 2021, por la que se establecen los niveles de alerta sanitaria y se adoptan medidas temporales y excepcionales por razón de salud pública en Andalucía para la contención de la COVID-19 finalizado el estado de alarma, comprende la adopción de medidas de salud pública relativas al régimen de alerta sanitaria para combatir la pandemia COVID-19, mediante los cuatro niveles de alerta sanitaria que son

de competencia de la autoridad sanitaria, niveles que en función de las circunstancias epidemiológicas, serán objeto de aplicación en los distintos distritos sanitarios o municipios. Asimismo la Orden de 29 de septiembre de 2021, por la que se modifica la Orden de 7 de mayo de 2021, añadió la disposición adicional tercera, que establece el nivel de alerta sanitaria 0 y sus medidas de salud pública.

La finalización del estado de alarma el 9 de mayo de 2021 no ha puesto fin a la declaración de emergencia de salud pública realizada por la OMS y de ahí la necesidad de que, en base a la normativa estatal y autonómica, la Comunidad Autónoma de Andalucía, atendiendo a la situación epidemiológica actual, deba seguir adoptando medidas preventivas concretas ante situaciones de riesgo grave para la salud pública provocadas por la pandemia.

Mediante Orden de 3 de diciembre de 2021 se ha establecido la medida preventiva de salud pública relativa al Certificado COVID-19 o prueba diagnóstica para el acceso a centros sanitarios con internamiento y centros sociosanitarios de carácter residencial al considerar que son establecimientos donde se desarrollan actividades esenciales y que requieren de una especial atención en cuanto a transmisión de esta enfermedad, ya que el acaecimiento de brotes en ellos impacta no solo en los casos específicos, sino que afecta al propio funcionamiento de los hospitales o centros, a su capacidad de prestación sanitaria y social, pudiendo conllevar el cierre de zonas y afectando a un personal tan esencial como son los profesionales sanitarios y sociosanitarios que en ellos trabajan.

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

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

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

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

La disminución de la transmisión de la COVID-19 en la población conforme aumenta la cobertura vacunal es algo que ha quedado constatado durante este año 2021 en nuestra

Comunidad Autónoma, conforme se iban incorporando grupos poblacionales o grupos etarios a la campaña de vacunación. Asimismo, se han aportado ya estudios en los que se concluye que la condición de vacunado disminuye la probabilidad de transmisión.

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

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

Las medidas no farmacológicas impuestas durante el transcurso de la pandemia tienen como objetivo reducir el número y la gravedad de las infecciones, no siendo necesaria una reducción absoluta de éstas para considerar a una medida como eficaz y apropiada para el objetivo que persigue. Por tanto, el hecho de que la implementación del Certificado COVID-19 o prueba diagnóstica no elimine completamente la posibilidad de nuevos contagios no invalida en ningún momento la idoneidad de una medida que permite reducir este riesgo.

La Sentencia 1112/2021, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ha estimado el recurso de casación presentado por la Administración autonómica frente al Auto 97/2021 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. En esta sentencia el Tribunal Supremo reconoce que los derechos fundamentales, como cualquier derecho subjetivo, no son absolutos ni ilimitados y que la limitación resulta precisa para permitir su pacífica coexistencia con los demás derechos fundamentales y con los bienes constitucionalmente protegidos, que se traducen, en este caso, en una potente presencia del derecho a la vida y a la integridad física, y a la defensa y protección de la salud de la ciudadanía. El Tribunal Supremo manifiesta que «es lo que sucede en este caso, al confrontar la tenue limitación que podría tener la medida examinada sobre los derechos fundamentales a la igualdad (artículo 14) y a la intimidad (artículo 18.1) con el derecho fundamental a la vida (artículo 15), la protección de la salud (artículo 43) en situaciones de la pandemia como la COVID-19, y con el interés general de todos a sobrevivir en estas gravísimas circunstancias, que avalan la procedencia de la medida que se pretende». El Tribunal Supremo en esta Sentencia pone en relación la idoneidad de la medida con las «características propias de los establecimientos en que se exige». Del mismo modo, el Tribunal Supremo descarta la vulneración del derecho fundamental a la protección de los datos personales cuando aquello que se establece para entrar en el interior de un determinado establecimiento es la mera exhibición, es decir, enseñar o mostrar la documentación en cualquiera de las tres modalidades exigidas, sin que, claro está, puedan recogerse los datos de los asistentes a tales locales, ni pueda elaborarse un fichero, ni hacer un tratamiento informático al respecto.

En relación con las competencias que la legislación vigente otorga a cada Administración Pública, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, prevé, en su artículo primero, que con el objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas administraciones públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las

medidas previstas en dicha ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad. El artículo segundo habilita a las autoridades sanitarias competentes para adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolla una actividad. El artículo tercero dispone que, con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con estos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.

Por su parte, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en el artículo 26, prevé la posibilidad de que las autoridades sanitarias puedan adoptar las medidas preventivas que consideren pertinentes cuando exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud. La duración de dichas medidas se fijará 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.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, establece en el artículo 21 que las Administraciones Públicas de Andalucía, en el marco de sus respectivas competencias, establecerán y acordarán limitaciones preventivas de carácter administrativo respecto de aquellas actividades públicas y privadas que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud. Asimismo, adoptarán cuantas limitaciones, prohibiciones, requisitos y medidas preventivas, sean exigibles en las actividades públicas y privadas que directa o indirectamente puedan suponer riesgo inminente y extraordinario para la salud. En este sentido, podrán decretar la suspensión del ejercicio de actividades, cierre de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales que tengan una repercusión extraordinaria y negativa para la salud de los ciudadanos, siempre que exista o se sospeche razonablemente la existencia de este riesgo. Las medidas previstas que se ordenen con carácter obligatorio, de urgencia o de necesidad, deberán adaptarse a los criterios expresados en el artículo 28 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y a la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. Por su parte, el artículo 62.6 de la mencionada Ley 2/1998, de 15 de junio, establece que corresponderán a la Consejería de Salud, en el marco de las competencias de la Junta de Andalucía, entre otras, la adopción de medidas preventivas de protección de la salud cuando exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud.

Asimismo, la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía, establece en el artículo 71.2.c) que la Administración de la Junta de Andalucía promoverá un alto nivel de protección de la salud de la población y, con esta finalidad, establecerá las medidas cautelares necesarias cuando se observen incumplimientos de la legislación sanitaria vigente o la detección de cualquier riesgo para la salud colectiva. Por su parte, el artículo 83.3, establece que cuando se produzca un riesgo para la salud pública derivado de la situación sanitaria de una persona o grupo de personas, las autoridades sanitarias competentes para garantizar la salud pública adoptarán las medidas necesarias para limitar esos riesgos, de las previstas en la legislación, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública.

En su virtud, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y por el

artículo 26.2.m) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, en el marco de los artículos 21.2 y 62.6 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, y 71.2.c) y 83.3 de la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía,

D I S P O N G O

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

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

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

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

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

2. Será imprescindible para acceder a los establecimientos previstos en el apartado anterior, que las personas usuarias acrediten documentalmente tanto su identidad, como de la concurrencia de cualquiera de las tres circunstancias previstas en el mismo.

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

4. Al objeto de procurar la máxima garantía de privacidad e intimidad de las personas, la información a la que se refiere el apartado 1 junto con el documento acreditativo de su identidad, solamente podrá ser solicitada a los efectos de su mera comprobación o verificación. No se conservarán en ningún caso, datos de carácter personal sanitario ni se crearán ficheros con ellos. En todo caso, el personal que pueda tener acceso o conocimiento de la información está obligado a mantener el secreto y la confidencialidad sobre los datos personales a que acceda, de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal.

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

6. La puesta en funcionamiento de la medida y su control respetarán, en todo caso, la dignidad de la persona. Las actuaciones de comprobación serán lo menos intrusivas

e invasivas que sea posible para lograr el objetivo de protección de la salud pública, procurando reducir al mínimo las molestias o inquietudes asociadas con la medida.

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

Disposición final primera. Ratificación judicial.

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

Disposición final segunda. Régimen sancionador.

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

Disposición final tercera. Efectos.

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

JESÚS RAMÓN AGUIRRE MUÑOZ

Consejero de Salud y Familias