



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE ANDALUCÍA, CEUTA Y MELILLA, con sede en MÁLAGA**

Avda Tomás Heredia, 26. CP: 29071 teléfono: 952918147

Clave C.D. y Cons. 3031 - IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 ,MÁLAGA

N.I.G.: 2906733320210001888

Procedimiento: Autorizaciones/ratificaciones medidas sanitarias- Nº 723/2021 **Negociado: MF**

Proc. Origen:

De: SERVICIO JURÍDICO DE LA CIUDAD DE MELILLA

Representante: S.J. CCAA DE CIUDAD DE MELILLA

Contra:

Representante:

ACTO RECURRIDO: CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y POLÍTICAS SOCIALES DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE MELILLA, ORDEN DE FECHA DE 30 DE JULIO DE 2021, RESGISTRADA AL NÚMERO 4891

A U T O 310 / 21

Magistrados Iltmos. Sres.

D. MANUEL MARTÍN HERNÁNDEZ-CARRILLO

D. FEDERICO LÁZARO GUIL

D. CARLOS GARCÍA DE LA ROSA

En MÁLAGA, a tres de agosto de dos mil veintiuno

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La letrada de la Ciudad Autónoma de Melilla, D^a María de Pro Bueno, presenta con fecha 2 de agosto de 2021 un escrito por el que al amparo del art. 10.8 de la LJCA, solicita la ratificación judicial de las medidas sanitarias urgentes adoptadas por la Orden nº 4891 de fecha 30 de julio de 2021 por la Consejería de Economía y Políticas Sociales, publicada en el BOME en esa misma fecha.

Registradas y formadas las oportunas actuaciones de ratificación de medidas sanitarias con el nº 723/2021, mediante diligencia de ordenación, se acordó dar traslado al Ministerio Fiscal para informar acerca de la adopción de la medida, lo cual evacuó mediante informe, en el sentido de no oponerse a la





ratificación, quedando desde ese momento las actuaciones sobre la mesa del magistrado ponente para acordar lo procedente, previa deliberación de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se solicita de acuerdo al art. 10.8 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora Contencioso-Administrativa (LJCA), en su redacción dada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que la Sala ratifique las medidas sanitarias urgente relativas que se irán concretando al resolver sobre las mismas.

SEGUNDO.- El art. 10.8 de LJCA atribuye a las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de *"la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente."*

Esta ratificación, se articula por tanto como una tutela adicional al control ordinario, activada *ex lege por* la propia Administración ante un contenido eventualmente invasivo de derechos y libertades fundamentales de la medida dirigida a proteger la salud pública.

El control jurisdiccional debe empezar por determinar si el órgano que adopta la decisión es autoridad sanitaria, si la medida adoptada se mantiene en el ámbito de su competencia y es acorde con la legislación sanitaria, y si puede considerarse urgente y necesaria para la salud pública.

En cuanto a la afectación de los derechos fundamentales, la ratificación judicial ha de comprobar que las medidas propuestas persiguen un fin constitucionalmente legítimo, cuentan con amparo legal, y resultan necesarias y razonables en cuanto que proporcionadas a la consecución de la finalidad perseguida sin aparejar sacrificios desmedidos de los derechos ciudadanos.





TERCERO.- Comenzando por la cuestión relativa a la cobertura legal de la medida acordada en relación con la competencia de la Administración autonómica para adoptarla, hemos de señalar que la misma ha sido decretada conforme a lo establecido en el art 21.1.19ª del Estatuto de Autonomía y el Real Decreto 1515/2005 sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Ciudad de Melilla, con relación a lo dispuesto en el art 26 de la ley 14/1986, arts 12,13 y 54 de la ley 33/2011 y en la L.O. 3/86 en cuyo artículo 1º en cuanto que habilita a las autoridades sanitarias competentes para adoptar, cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad, las medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.

CUARTO.- Para resolver acerca de si procede o no la ratificación que se interesa, como cuestión previa es preciso deslindar si las medidas adoptadas limitan o restringen de alguna manera algún derecho fundamental, y si dichas posibles limitaciones, a la vista de su contenido son proporcionales para poder combatir la situación epidemiológica en la que se encuentra la ciudad autónoma de Melilla, es posible adoptarlas con la legislación ordinaria, visto que en la actualidad ya ha sido levantado el estado de alarma.

Pues bien, para ello es preciso partir de lo razonado y dispuesto por el T. S. en la sentencia dictada el 24 de mayo de 2021 en el recurso de casación nº 3375/2021 en cuanto establece que *“Cuando de la limitación de derechos fundamentales por el legislador se trata, lo primero que es menester precisar es que no necesariamente ha de hacerse por ley orgánica. Es verdad que el desarrollo de los derechos fundamentales está reservado a esa fuente (artículo 81.1 de la Constitución) y que el Tribunal Constitucional ha equiparado al desarrollo el establecimiento de limitaciones a los derechos fundamentales de tal intensidad que les afectan esencialmente. Pero con carácter general la ley ordinaria es suficiente para regular el ejercicio de los derechos, aunque al hacerlo habrá de respetar su contenido esencial (artículo 53.1 de la Constitución). Y establecer limitaciones puntuales de derechos, incluso fundamentales, no equivale a desarrollarlos siempre que, por las características de las restricciones, no lleguen a desnaturalizarlos. Dentro de la regulación que puede hacer la ley ordinaria cabe, pues, la imposición de limitaciones puntuales a los derechos fundamentales. Y, siendo suficiente para ello la ley ordinaria, esa reserva puede ser satisfecha tanto por la ley del Estado cuanto por las leyes que, dentro de su competencia, dicten las Comunidades Autónomas.*





En definitiva, no se corresponde con la Constitución la afirmación de que toda limitación de un derecho fundamental ha de hacerse única y exclusivamente por ley orgánica. El Tribunal Constitucional ha dejado claros estos extremos, tal como lo recuerda, entre otras, en sus sentencias n.º 76/2019, 86/2017 y 49/1999. Dado que el auto de la Sala de Santa Cruz de Tenerife de 9 de mayo de 2021 nada dice sobre el fundamento normativo sobre él que se han dictado las medidas, parte de las cuales ha ratificado, está claro que lo acepta como fuente de la limitación de derechos fundamentales. Ahora bien, eso no nos exime de examinarlo. Éste ha de ser, pues, siguiente paso en nuestro itinerario.

Hemos visto que el Gobierno de Canarias parte de la preferencia del derecho a la vida y del derecho a la protección de la salud que, si bien no es un derecho fundamental, puede converger con aquel en circunstancias límite, y apela a las leyes que lo han desarrollado, en concreto, a la Ley Orgánica 3/1986 y a las leyes ordinarias 14/1986 y 33/2011, por ceñirnos a las del Estado. Se trata de saber si esas leyes, que no previeron circunstancias como las que estamos atravesando, permiten o no restringir la libertad de circulación que es la que viene en causa en este recurso”

QUINTO.- Así las cosas, entrando a conocer acerca de si procede la ratificación de cada una de las medidas acordadas, procede hacer las siguientes consideraciones:

En primer lugar, por lo que se refiere a las medidas contempladas en los números primero, relativa al uso de mascarillas, distancia social, utilización de gel hidroalcohólico; segundo: horarios de cierre de las actividades no esenciales; tercero: aforos en interiores de establecimientos e instalaciones; quinto: apertura de parques y jardines, consumo de bebidas alcohólicas; sexto: aforo en piscinas y playas, octavo: celebraciones y eventos en bautizos, comuniones o eventos; noveno: medidas para el sector de restauración acordando un horario de apertura y cierre, y las condiciones de la prestación del servicio; décimo: relativa a los horarios y aforos de los eventos sociales, culturales, educativos; undécima: relativa al estacionamiento de vehículos y consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública; y duodécima: relativa a la puesta a disposición de los ciudadanos de la posibilidad de poder realizar un test de antígenos en el laboratorio Covid, esta Sala, teniendo en cuenta que no afectan a derechos fundamentales, no cabe hacer ningún pronunciamiento.





En segundo lugar, por lo que respecta a las medidas contempladas en los números cuarto y séptimo, afectantes potencialmente a los derechos fundamentales de libertad religiosa y de culto (art. 16 de CE), y de reunión (art.21 CE) , teniendo en cuenta lo dispuesto en la L.O. 3/86, de medidas especiales en materia de salud pública, el art 54 de la Ley 33/2011, y en la ley 14/1986, además de lo que ha establecido el T.S. en la sentencia antes mencionada, que las mismas no cumplen el requisito de idoneidad, necesidad y proporcionalidad al extender su vigencia durante un período aproximado de cuarenta días, se trata de un plazo excesivamente prolongado a la vista de la cambiante situación de la crisis sanitaria que aconseja la revisión de las medidas restrictivas de derechos fundamentales con una periodicidad menor, atendida en este particular caso la evolución favorable de la incidencia que se informa por la Administración solicitante.

A esta jurisdicción le está vetado sustituir los términos de un acto discrecional de la Administración anulado por los suyos propios, por lo que no podemos por nuestra iniciativa reducir los plazos de duración de las medidas cuya ratificación se solicita, así lo impone lo previsto en el art. 71.2 de LJCA. La única solución posible en este caso es la denegación de la ratificación de las medidas por la desproporción incurrida en lo que se refiere al período de su vigencia.

En cuanto a la vigencia temporal de las restricciones, resulta importante significar que estas carecen de eficacia hasta el momento de ratificación judicial de las mismas (STS de 24 de mayo de 2021, rec. 3375/21), momento a partir del cual procederá la publicación de las mismas.

Por lo que respecta a la exigencia de certificado COVID para la asistencia a eventos, prevista en el ordinal décimo de la orden de referencia, su entrada en vigor se pospone hasta el 16 de agosto, por lo que no nos es posible ratificarla en tanto que no nos es conocida la situación epidemiológica para esa fecha, y esta medida atañe al principio que prohíbe la discriminación consagrado en el art. 14 de CE.

Por último, no podemos ratificar una medida como la contenida en el ordinal decimotercero de la orden 4891, de 30 de julio de 2021, cuya efectividad se pospone un mes hasta el 1 de septiembre de 2021, desconocemos al momento presente cual será el estado de evolución de la pandemia dentro de un mes, por su carácter extremadamente dinámico, será en ese momento en el que habrá de valorarse si concurren las circunstancias sanitarias que habilitan a la adopción de





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

una medida restrictiva del derecho a la libre circulación por el territorio nacional consagrado en el art. 19 de CE.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Denegar la ratificación de las medidas nº cuarta, séptima, décima, en lo que se refiere a la exigencia de certificado COVID, y decimotercera, adoptadas en la Orden nº 4891, de 30 de julio de 2021 de la Consejería de Economía y Políticas Sociales de la Ciudad Autónoma de Melilla.

Notifíquese este auto al letrado de la Ciudad Autónoma de Melilla y al Ministerio Fiscal haciéndoles saber que contra el mismo cabe interponer ante la Sala Tercera del T.S, en el plazo de tres días hábiles, recurso de casación, sin necesidad de interponer ante esta Sala recurso de reposición.

Y uniendo testimonio de este auto a las presentes actuaciones, inclúyase este en el Libro de su razón.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados al margen referenciados. Doy fe.

"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 a 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."

