



T.S.J.ASTURIAS CON/AD (SEC.UNICA) 003 - OVIEDO

Modelo: N40010

C/ SAN JUAN S/N

Teléfono: Fax: 985.202613

Correo electrónico:

N.I.G: 33044 33 3 2021 0000371

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000384 /2021 /

Sobre ADMINISTRACION AUTONOMICA

De D/ña. PRINCIPADO DE ASTURIAS

Abogado: LETRADO DEL SERVICIO JURIDICO DE LA COMUNIDAD
MINISTERIO FISCAL

AUTO

Ilmo. Sr. Presidente:

Don David Ordóñez Solís

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña María José Margareto García

Don Julio Luis Gallego Otero

Doña María Olga González-Lamuño Romay

Doña María Pilar Martínez Ceyanes

Don Jorge Germán Rubiera Álvarez

Don Luis Alberto Gómez García

Don José Ramón Chaves García

En Oviedo, a 10 de junio de 2021

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias presentó escrito por el que solicitaba la ratificación de las medidas contenidas en los apartados 2.3 (Condiciones para la realización de eventos en establecimientos de hostelería y restauración) y 2.4 (Condiciones para la apertura de establecimientos de



ocio nocturno) de la Resolución, de 28 de mayo de 2021, de la Consejería de Salud del Principado de Asturias en cuanto se refiere al listado de asistentes y al listado de clientes con el fin de acometer el necesario estudio epidemiológico ante una hipotética aparición de contagios acumulados que se vinculen a un establecimiento concreto.

SEGUNDO. Por diligencia de 7 de junio de 2021 se registró la solicitud y se requirió al Ministerio Fiscal para que se pronunciase en el plazo de una audiencia. El 9 de junio de 2021 la representante del Ministerio Fiscal se pronunció a favor de la ratificación de las medidas correspondientes de la Resolución administrativa.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don David Ordóñez Solís.

TERCERO. En la tramitación de este procedimiento se han seguido las prescripciones legalmente establecidas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente procedimiento judicial el letrado autonómico solicita la ratificación de las medidas adoptadas por la Resolución de 28 de mayo de 2021, de la Consejería de Salud del Principado de Asturias, de tercera modificación de las medidas especiales de carácter extraordinario, urgente y temporal de prevención, contención y coordinación, necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 tal como se recogen en el Anexo aprobado por la Resolución del Consejero de Salud de 9 de abril de 2021, en la medida en que afectan al derecho a la protección de datos personales tal como resulta regulado por el artículo 18.4 de la Constitución, por la Ley orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y por el Reglamento General de Protección de Datos.

Las medidas restrictivas del derecho fundamental están vinculadas, por una parte, a la obligación de los establecimientos de hostelería y restauración de elaborar unos listados de asistentes y, por otra parte, a la obligación de los establecimientos de ocio nocturno de contar con un listado de clientes.

En primer lugar, la Resolución de 28 de mayo de 2021 añade un apartado 2.3, dentro del capítulo II, sobre Condiciones para la prestación del servicio en los establecimientos de hostelería, restauración y terrazas, con la siguiente redacción:

b) Listado de asistentes:

1.º Que incluya fecha, hora del acceso y de salida, nombre y/o apellidos y número de teléfono de contacto. La recogida de tales datos requerirá el consentimiento del interesado, sin perjuicio de condicionar el derecho de admisión por razones de salud pública en caso de no poder contar con el mismo.

2.º Dicho registro será mantenido durante los 30 días siguientes. El registro se encontrará exclusivamente a disposición de la Dirección General de Salud Pública y tendrá como única finalidad facilitar el rastreo y seguimiento de contactos de casos positivos o sospechosos de Covid-19. Tanto el registro como el tratamiento de los datos contenidos en el mismo se regirá en todo caso por lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y 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 datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

En segundo lugar, la Resolución de 28 de mayo de 2021 añade, dentro del capítulo II, sobre Condiciones para la prestación del servicio en los establecimientos de hostelería, restauración y terrazas, un apartado 2.4 con la siguiente redacción de las Condiciones para la apertura de establecimientos de ocio nocturno:

b) Listado de clientes:

1.º Que incluya fecha, hora del acceso y de salida, nombre y/o apellidos y número de teléfono de contacto. La recogida de tales datos requerirá el consentimiento del interesado, sin perjuicio de condicionar el derecho de admisión por razones de salud pública en caso de no poder contar con el mismo.

2.º Dicho registro será mantenido durante los 30 días siguientes. El registro se encontrará exclusivamente a disposición de la Dirección General de Salud Pública y

tendrá como única finalidad facilitar el rastreo y seguimiento de contactos de casos positivos o sospechosos de Covid-19. Tanto el registro como el tratamiento de los datos contenidos en el mismo se registrará en todo caso por lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y 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 datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

La Resolución, de 28 de mayo de 2021, de la Consejería de Salud también establece en su apartado 8º de la parte dispositiva: “La modificación acordada en la presente resolución producirá efectos desde las 00.00 horas del día 29 de mayo de 2021, durante el plazo de eficacia de la Resolución del Consejero de Salud de 9 de abril de 2021, incluidas sus prórrogas”.

La Resolución de 9 de abril de 2021 está siendo prorrogada cada 14 días; sobre este particular, la Resolución de 4 de junio de 2021, de la Consejería de Salud, contiene la cuarta prórroga de las medidas especiales de carácter extraordinario, urgente y temporal de prevención, contención y coordinación, necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, que se extiende a un período que se inició a las 00:00 horas del día 5 de junio de 2021 y que se prevé que dure hasta las 24:00 horas del día 18 de junio de 2021.

En su solicitud el letrado del Principado de Asturias señala la finalidad exclusivamente epidemiológica de la medida, la competencia de la Comunidad Autónoma para adoptar estas medidas en la legislación específica y la medida, aun cuando supone una limitación del derecho a la intimidad personal y familiar de los ciudadanos, persigue un fin constitucionalmente legítimo que se ajusta al principio de proporcionalidad al pretender la protección de la salud pública tratando de impedir la propagación de la pandemia, limitándose a los asistentes y clientes y la información debe ser conservada durante 30 días, tal como se justifica con el Informe del Jefe del



Servicio de Alertas y Emergencias Covi-19 de la Dirección General de Salud Pública de 27 de mayo de 2021.

La representante del Ministerio Fiscal considera, en síntesis, que “existen indicios racionales de un riesgo de salud pública para la población, lo cual justifica la medida adoptada, la cual es necesaria, proporcional y limitada en el tiempo en cuanto a las restricciones que imponen para conseguir el fin perseguido, la protección de la salud pública, por lo que [...] procedería su ratificación”.

SEGUNDO. El artículo 10.8 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), en la 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, atribuye a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para 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.

En el artículo 122 quater LJCA, introducido por la misma Ley de 2020, se prevé que en la tramitación de las autorizaciones o ratificaciones sea parte el Ministerio Fiscal, que esta tramitación tenga siempre carácter preferente y que se resuelva en un plazo máximo de tres días naturales.

Esta competencia jurisdiccional, vinculada a la garantía en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, aun cuando se dirige a destinatarios que no están identificados individualmente, debe delimitarse con precisión, ha de comprobarse que las limitaciones establecidas a los derechos resultan justificadas y proporcionadas y, en su caso, exige adoptar mecanismos de seguimiento por parte de la Sala para garantizar una aplicación proporcionada de las medidas y para asegurar el máximo nivel de protección de los derechos fundamentales.



En fin, el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, introduce una nueva regulación del recurso de casación contra los autos adoptados por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional.

Precisamente en este nuevo marco procesal ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo, cuya Sección Cuarta de la Sala Tercera ha aclarado el alcance de la intervención judicial en este tipo de procedimientos, en particular, la sentencia de 24 de mayo de 2021, recurso nº 3375, ponente: Lucas Murillo de la Cueva, sobre medidas sanitarias en las Islas Canarias; y la sentencia de 3 de junio de 2021, recurso nº 3704/2021, ES:TS:2021:2176, ponente: Díez-Picazo Giménez, sobre medidas sanitarias en las Islas Baleares.

En primer lugar y por lo que se refiere al procedimiento a seguir, tal como ha señalado el Tribunal Supremo, en la citada sentencia de 24 de mayo de 2021, ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

el control judicial requerido a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional ha de comportar la comprobación de que la Administración que pide la ratificación: (i) es la competente para adoptar las medidas a ratificar; (ii) invoca los anteriores preceptos legales u otros que le confieran habilitación; (iii) ha identificado con suficiente claridad el peligro grave para la salud pública derivado de una enfermedad transmisible que es preciso conjurar para preservar el derecho a la salud y a la vida con indicación de los hechos que así lo acreditan; (iv) ha establecido debidamente la extensión de ese riesgo desde el punto de vista subjetivo espacial y temporal; y (v) ha justificado que no dispone de otros medios menos agresivos para afrontar y que los propuestos son idóneos y proporcionados. Y sobre esos presupuestos, (vi) la Sala correspondiente deberá concluir si dicha justificación es suficiente y si la limitación pretendida es efectivamente idónea, necesaria y proporcionada.

En segundo lugar, en relación con la particular trascendencia de determinados derechos fundamentales que puedan resultar afectados y en la sentencia de 3 de junio de 2021, el Tribunal Supremo ha explicado:

la reserva de ley orgánica para las medidas sanitarias que supongan restricción o limitación de algún derecho fundamental de la Sección 1ª [del Capítulo II del Título I de la Constitución] sólo opera cuando tales medidas afecten a algún elemento básico, nuclear o consustancial. Y ello, como es obvio, sólo puede verificarse examinando cada norma que prevea la restricción de un derecho fundamental; nunca de antemano según un criterio estandarizado, pretendidamente válido para cualquier derecho, cualquier restricción y cualquier situación.

Teniendo como referencia la jurisprudencia del Tribunal Supremo y con el fin de determinar si procede ratificarlas judicialmente es preciso examinar, detenidamente, la competencia para adoptar las medidas, el marco normativo que las autoriza, la identificación y extensión del peligro y del riesgo para la salud, y, en fin, debe comprobarse que tales medidas se ajustan al principio de proporcionalidad.

TERCERO. En primer lugar es preciso comprobar si la Administración autonómica que solicita la ratificación es la competente para adoptar tales medidas.

La Resolución de 28 de mayo de 2021 se fundamenta expresamente en la asunción de competencias en materia de sanidad e higiene por la Comunidad Autónoma de Asturias que se hace en virtud del el artículo 11.2 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias: “en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde al Principado de Asturias el desarrollo legislativo y la ejecución”.

Del mismo modo, la Ley del Principado de Asturias 7/2019, de 29 de marzo, de Salud ha declarado en su artículo 1 que “tiene por objeto garantizar el derecho efectivo a la protección de la salud, reconocido en el artículo 43 de la Constitución Española, en el ámbito del Principado de Asturias, dentro del marco competencial que configura su Estatuto de Autonomía y la legislación básica del Estado, y constituye la base

normativa para el diseño, desarrollo y aplicación de la política de salud del Principado de Asturias”.

Por tanto, no hay duda de la competencia específica de que la adopción de las medidas controvertidas corresponde al Principado de Asturias y, más en particular, a la Consejería de Salud del Principado de Asturias, autora del acto cuya ratificación se pretende en cuanto se refiere a las restricciones al derecho fundamental de protección de datos personales.

CUARTO.- En segundo lugar, es preciso referirse a si las medidas adoptadas cuentan con un fundamento normativo apropiado.

A tal efecto, debe tenerse en cuenta que la Resolución de 28 de mayo de 2021 se refiere expresamente al marco normativo en el que se inscribe la actuación del Principado de Asturias citando expresamente la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

En este mismo sentido se pronuncia la representante del Ministerio Fiscal.

En efecto, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública establece **medidas de carácter sanitario** en sentido estricto y, asimismo, **medidas generales que sean necesarias**.

Por una parte, el artículo 2 de la referida Ley orgánica dispone: "Las autoridades sanitarias competentes podrán 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 desarrolle una actividad".

Por otra parte, la misma Ley Orgánica dispone en su artículo 3: "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 los mismos** y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible".

Del mismo modo, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad establece, por ejemplo, en su artículo 26:

1. 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 incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas.
2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó.

En el mismo sentido el artículo 28 de la misma Ley estatal 14/1986 General de Sanidad dispone:

Todas las medidas preventivas contenidas en el presente capítulo deben atender a los siguientes principios:

- a) Preferencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias.
- b) No se podrán ordenar medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida.
- c) Las limitaciones sanitarias deberán ser proporcionadas a los fines que en cada caso se persigan.
- d) Se deberán utilizar las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de Empresa y cualesquiera otros derechos afectados.

También ha de tenerse en cuenta la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública que tiene como principio inspirador el de precaución que define así su

artículo 3.d): “La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran”.

La Ley General de Salud Pública prevé en su artículo 27.3: “Las acciones de protección de la salud se regirán por los principios de proporcionalidad y de precaución, y se desarrollarán de acuerdo a los principios de colaboración y coordinación interadministrativa y gestión conjunta que garanticen la máxima eficacia y eficiencia”.

Esta Ley General de Salud Pública también se refiere en su artículo 54 a estas medidas especiales y cautelares:

1. 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 Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley.
2. En particular, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas:
 - a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.
 - b) La intervención de medios materiales o personales.
 - c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.
 - d) La suspensión del ejercicio de actividades.
 - e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas.

f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta ley.

3. Las medidas se adoptarán previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. Los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares contempladas en el presente artículo correrán a cargo de la persona o empresa responsable.

Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad.

En fin, la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID19 tiene una regulación específica referida a la hostelería y a espectáculos públicos y otras actividades recreativas.

En particular, la referida Ley estatal 2/2021 establece en su artículo 13 y en relación con las actividades de hostelería y restauración:

Las administraciones competentes deberán asegurar el cumplimiento por los titulares de bares, restaurantes y demás establecimientos de hostelería y restauración de las normas de aforo, desinfección, prevención y acondicionamiento que se determinen.

En cualquier caso, deberá asegurarse la adopción de las medidas organizativas que resulten necesarias para evitar aglomeraciones tanto dentro del establecimiento como en los espacios de terrazas autorizados y garantizar que clientes y trabajadores mantengan una distancia de seguridad de, al menos, 1,5 metros. Cuando no sea posible mantener dicha distancia de seguridad, se observarán las medidas de higiene adecuadas para prevenir los riesgos de contagio.

Del mismo modo y en cuanto a los denominados equipamientos culturales, espectáculos públicos y otras actividades recreativas, el artículo 14 de la misma Ley estatal 2/2021 dispone:

Las administraciones competentes deberán asegurar el cumplimiento por los titulares de equipamientos culturales, tales como museos, bibliotecas, archivos o monumentos, así como

por los titulares de establecimientos de espectáculos públicos y de otras actividades recreativas, o por sus organizadores, de las normas de aforo, desinfección, prevención y acondicionamiento que aquellas determinen.

En todo caso, se deberá asegurar que se adoptan las medidas necesarias para garantizar una distancia interpersonal mínima de 1,5 metros, así como el debido control para evitar las aglomeraciones. Cuando no sea posible mantener dicha distancia de seguridad, se observarán las medidas de higiene adecuadas para prevenir los riesgos de contagio.

Por último, la Ley asturiana 7/2019, de 29 de marzo, de Salud se refiere en el artículo 20 a las actuaciones de salud pública del Sistema Sanitario Público del Principado de Asturias y, en particular, a la consistente en la “Elaboración de información y análisis epidemiológicos a nivel territorial para facilitar el conocimiento de las necesidades y de los principales activos para la salud”.

Se trata, en definitiva, de un complejo marco normativo que ha sido tenido en cuenta en la regulación autonómica en la que se inscribe la limitación del derecho fundamental a la protección de datos personales que por razones sanitarias pretende adoptar la Administración autonómica asturiana.

Ciertamente, la elaboración de un listado de asistentes a los establecimientos de hostelería y restauración y de un listado de clientes de establecimientos de ocio nocturno afecta al derecho a la protección de datos personales consagrado por el artículo 18.4 de la Constitución, por el Reglamento General de Protección de Datos (contenido 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 datos personales y a la libre circulación de estos datos) y por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

No obstante, el considerando 46 del Reglamento General de Protección de Datos contiene esta referencia expresa: “Ciertos tipos de tratamiento pueden responder tanto a motivos importantes de interés público como a los intereses vitales del

interesado, como por ejemplo **cuando el tratamiento es necesario para fines humanitarios, incluido el control de epidemias y su propagación**, o en situaciones de emergencia humanitaria, sobre todo en caso de catástrofes naturales o de origen humano”.

Pues bien, ha de considerarse que las medidas adoptadas por la Administración autonómica y que pretenden ser ratificadas por esta Sala, consistentes en la elaboración de listados de asistentes y de clientes de este tipo de establecimientos de hostelería y de ocio nocturno, se inscriben en este marco normativo estatal básico y autonómico de desarrollo.

QUINTO. En tercer lugar, es preciso comprobar si la Administración autonómica asturiana ha identificado el peligro grave y la extensión del riesgo.

A tal efecto, el letrado autonómico ha aportado el Informe en que se fundó la adopción de la Resolución de 28 de mayo de 2021. Es un informe emitido el 27 de mayo de 2021 por el Jefe de Servicio de Alertas y Emergencias COVID-19 de la Dirección General de Salud Pública del Principado de Asturias y que reproduce literalmente y en muy amplia medida el tenor de la propia Resolución en estos términos:

De tal forma que ya estamos en condiciones de asegurar que el COVID-19 se propaga principalmente a través del contacto cercano de persona a persona. Las personas que están infectadas pero no muestran síntomas también pueden transmitir el virus a otras personas. La facilidad con la que un virus se transmite de una persona a otra puede variar. El virus que causa COVID-19 parece propagarse de manera más eficiente que la gripe pero no tan eficientemente como el sarampión, que se encuentra entre los virus más contagiosos que se sabe que afectan a las personas.

Cuando las personas con COVID-19 tosen, estornudan, cantan, hablan o respiran, producen gotitas respiratorias. Estas gotas pueden variar en tamaño desde gotas más grandes (algunas de las cuales son visibles) hasta gotas más pequeñas. Las gotas pequeñas también pueden formar partículas cuando se secan muy rápidamente en la corriente de aire.

En estos momentos ya tenemos evidencia suficiente de que las infecciones ocurren por exposición a gotitas respiratorias cuando una persona está en contacto cercano con alguien que tiene COVID-19. Las gotitas respiratorias causan infección cuando se inhalan o se depositan en las mucosas, como las que recubren el interior de la nariz y la boca. A medida que las gotitas respiratorias se alejan de la persona con COVID-19, la concentración de estas gotitas disminuye. Gotas más grandes caen del aire debido a la gravedad. Las gotas y partículas más pequeñas se esparcen en el aire.

Además, la COVID-19 también se transmite por vía aérea. Algunas infecciones se pueden propagar por exposición al virus en pequeñas gotas y partículas que pueden permanecer en el aire durante minutos u horas. Estos virus pueden infectar a personas que se encuentren a más de 2 metros de distancia de la persona infectada o después de que esa persona haya abandonado el espacio. Este tipo de propagación se conoce como transmisión aérea y es una forma importante de propagación de infecciones como la tuberculosis, el sarampión y la varicela.

Existe evidencia de que, bajo ciertas condiciones, las personas con COVID-19 parecen haber infectado a otras que estaban a más de 1,5-2 metros de distancia. Estas transmisiones ocurrieron dentro de espacios cerrados que tenían ventilación inadecuada y donde el uso de la mascarilla no era adecuado.

En el caso de los restaurantes, cafés y establecimientos similares, como los de ocio nocturno, se ha constatado, a la vista de las estadísticas aportadas, un altísimo grado de infecciones adicionales comparadas con los supuestos de clausura de tales actividades y así se refleja en el referido Informe técnico.

Sobre este particular, las anteriores pruebas empíricas sirven y justifican para que también en el Informe aportado por la Administración se haga referencia a las limitaciones en la realización de eventos en establecimientos de hostelería, con el listado de asistentes, y en la apertura de establecimientos de ocio nocturno en cuanto se refiere también al listado de clientes.

Por tanto, ha quedado convenientemente acreditado el peligro que supone para la propagación del virus que se trata de combatir la realización de actividades de hostelería y la asistencia a establecimientos de ocio nocturno, que solo pueden ser

combatido con la clausura y prohibición de tales actividades o, subsidiariamente, como es el caso una vez concluido el período durante el que se decretó el estado de alarma con la adopción de medidas preventivas, en particular la confección de listados de asistentes y clientes a tales establecimientos.

Por tanto, también ha quedado justificada desde el punto de vista epidemiológico la adopción de medidas restrictivas del derecho a la protección de datos para luchar contra la pandemia en los términos que la Resolución pretende combatir.

SEXTO. En cuarto lugar y por lo que se refiere a la aplicación del principio de proporcionalidad de las medidas ha de tenerse en cuenta el contenido de los listados tanto de asistentes a las actividades de hostelería como de clientes de establecimientos de ocio nocturno, así como, de manera especial, la intensidad con que resulta afectado el derecho fundamental y su extensión.

Por una parte, es preciso identificar a la persona que accede al establecimiento de hostelería o de ocio nocturno con nombre, apellidos, número de teléfono de contacto y fecha y hora de acceso y salida.

Por otra parte, los anteriores datos requieren el consentimiento de interesado pues en otro caso no debería ser admitido por razones de salud pública en los referidos establecimientos.

En fin, los listados tienen una vigencia de 30 días, solo podrán ser consultados por la Dirección General de Salud Pública y su única finalidad es “facilitar el rastreo y seguimiento de contactos de casos positivos o sospechosos de Covid-19”, sometiéndose expresamente a la normativa española y europea aplicable en materia de protección de datos.

En cuanto se refiere a los datos, es decir, el nombre, apellidos y teléfono de contacto de los clientes y su hora de acceso y de salida, no constituyen datos

especialmente sensibles en los términos que resultan de la regulación específica en materia de protección de datos.

En efecto, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional podría considerarse que se trata de datos similares a los que ha denominado de ‘intimidad económica’ y que describe en los siguientes términos:

los datos que son utilizados por la hacienda pública española se refieren a aspectos periféricos e inocuos de la llamada “intimidad económica”. No se han introducido dentro del proceso penal datos, como podrían ser los concretos movimientos de cuentas, que puedan revelar o que permitan deducir los comportamientos o hábitos de vida del interesado (SSTC 142/1993, de 22 de abril, FJ 7, y 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 4). Los datos controvertidos son, exclusivamente, la existencia de la cuenta bancaria y el importe ingresado en la misma. El resultado de la intromisión en la intimidad no es, por tanto, de tal intensidad que exija, por sí mismo, extender las necesidades de tutela del derecho sustantivo al ámbito del proceso penal, habida cuenta que, como ya se ha dicho, éste no tiene conexión instrumental alguna con el acto de injerencia verificado entre particulares” (TC, Pleno, sentencia 97/2019, de 17 de julio de 2019, ponente: Montoya Melgar).

Por tanto y aplicando, *mutatis mutandis*, los anteriores razonamientos, aquí se trata más bien de datos de identificación externa de los asistentes o clientes, es decir, son más bien ‘datos periféricos e inocuos’ de la privacidad de las personas afectadas, sin que sean de una especial intensidad al menos en relación con los intereses en juego, en este caso la salud y la vida de las personas.

Pero es que, además, quien sea extremadamente celoso de su intimidad podrá conservarla si bien es verdad que renunciando a acudir a tales establecimientos de hostelería y ocio nocturno. En efecto, la inclusión de la lista de asistentes y de clientes está supeditada al consentimiento de las personas. Por lo que la eventual restricción del derecho fundamental tiene como presupuesto, en todo caso, el consentimiento del ciudadano que desee disfrutar del servicio de hostelería o de las actividades del ocio nocturno en establecimientos determinados. Ello sin olvidar, aunque ciertamente no afecta a la esfera de derechos fundamentales y libertades públicas, que la gestión de tal

registro se hace recaer sobre el titular de la actividad, lo que supone depositar la carga de su llevanza y custodia, explicar al cliente su alcance y quedar sometido al control y a posibles sanciones, así como encomendarle la oposición a la admisión de los clientes reacios al mismo.

Por último, en cuanto a la utilización de tales listados está sometida a una limitación temporal de vigencia de 30 días, se designa en exclusiva como único autorizado para su utilización a la Dirección General de Salud Pública y la finalidad queda bien limitada a “facilitar el rastreo y seguimiento de contactos de casos positivos o sospechosos de Covid-19”.

Adicionalmente, se somete a las normas aplicables del Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de desarrollo de tal derecho fundamental.

Sobre este particular, debe recordarse, no obstante, que la propia Agencia Española de protección de Datos se ha pronunciado específicamente sobre los datos y la toma de los mismos con el fin de identificar los posibles contactos ante nuevos brotes de COVID-19 así como sobre el registro de los clientes que acuden a locales de ocio insistiendo en el cumplimiento del principio de minimización, de anonimización, etc., que la Administración requirente debería tener en cuenta y especificar convenientemente.

Ahora bien, en este caso las medidas adoptadas se aplican con carácter general a todos los establecimientos de hostelería y a todos los establecimientos de ocio nocturno sin ningún tipo de distinción.

En efecto, en cuanto se refiere a los listados de los establecimientos de hostelería incluye los “establecimientos de hostelería, restauración y terrazas”; por lo que respecta a los listados de los establecimientos de ocio nocturno, tales establecimientos no se precisan detalladamente.

Ha de tenerse en cuenta que la Ley asturiana 8/2002, de 21 de octubre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas distingue, en su Disposición

transitoria tercera y por lo que ahora importa, numerosos tipos de **establecimientos, locales e instalaciones**, denominados **de espectáculos públicos** (por ejemplo, salas de baile y fiestas, con o sin espectáculos, discotecas o salas de fiestas de juventud, Juegos recreativos y de azar, hostelería en sus diferentes categorías, etc.); **de hostelería y restauración** (entre los que incluye tabernas y bodegas, cafeterías y bares, restaurantes, sidrerías y autoservicios, churrerías y heladerías, bares especiales, clubs, pubs, disco-bares y karaokes); y de **juegos recreativos y de azar** (casinos, bingos, salones de juego o salones recreativos).

Del mismo modo, el Decreto asturiano 90/2004, de 11 de noviembre, por el que se regula el régimen de horarios de los establecimientos, locales e instalaciones para espectáculos públicos y actividades recreativas en el Principado de Asturias distingue, a título de ejemplo, entre, por una parte, bares, cafeterías, restaurantes, sidrerías y en general locales donde se desarrollen actividades de restauración; y, por otra parte, discotecas, salas de baile, salas de fiestas con espectáculos o pases de atracciones, cafés-teatro y tablaos flamencos, así como locales con ocasión de celebración de bodas, etc.

En este sentido y como señala la sentencia de 3 de junio de 2021 del Tribunal Supremo, antes citada, lo relevante es tanto la intensidad como la extensión de la medida plenamente generalizada y sin discriminar entre las distintas situaciones que podrían producirse. En efecto, a juicio del Tribunal Supremo, han de tenerse en cuenta “la intensidad (la fuerza con que se incide en los derechos fundamentales) y la extensión (el número de personas afectadas en sus derechos fundamentales)”.

Y a tal efecto pone el siguiente ejemplo: “Por referirse sólo al «toque de queda», sería poco cuestionable que para combatir un pequeño brote infeccioso localizado en un pueblo podría la Administración sanitaria obligar a los vecinos a confinarse en sus domicilios; y seguramente algo similar cabría decir de la limitación de reuniones. El problema no es, así, la intensidad: el problema es, más bien, la extensión: en la lucha contra la pandemia del Covid-19, se han adoptado medidas



sanitarias que restringen severamente derechos fundamentales para el conjunto de la población local, autonómica o nacional. Y es precisamente en este punto donde el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 suscita dudas como fundamento normativo o norma de cobertura”.

Pues bien, *mutatis mutandis*, lo mismo ocurre en este caso en el que lo que es cuestionable no es tanto la intensidad de la limitación del derecho a la protección de datos personales, sino la extensión a todo tipo de establecimientos sin justificar adecuadamente, a la vista del informe de los Servicios epidemiológicos del Principado de Asturias, por qué se equipara un establecimiento con terraza con otro que no la tiene, o entre un establecimiento con música y baile y otros que no cuentan con ellos, o, en fin, entre un chigre con un parroquiano habitual y esporádico, un restaurante de moda o una discoteca.

Y es que, si la legislación sectorial distingue según la naturaleza y condiciones de la actividad, la medida que pretenda aplicar restricciones sobre la misma deberá distinguir en justa correspondencia, pues la eficacia (sin rango de derecho fundamental, art. 103 CE), no autoriza a tratar igual lo que es jurídica y materialmente distinto (art. 14 CE y 18.4 CE, ambos derechos fundamentales con incidencia en la libertad de empresa, art. 38 CE, e intereses del consumidor, art. 51 CE).

La declaración de necesidad de tales restricciones por la Administración autonómica debe ir acompañada de justificación de su necesidad en relación con las distintas modalidades, sin bastar la genérica invocación de asegurar la distancia social pues hasta el principio de precaución tiene límites y requiere premisas acreditadas.

En consecuencia, se impone la carga a la Administración de precisar la justificación de las restricciones pretendidas tomando en cuenta criterios de aforo de los locales, horarios de mayor o menor afluencia de clientela, instalaciones de música que propicien griterío o las ventajas y riesgos de terrazas, entre otros factores que pueden resultar relevantes según las fuentes sanitarias de contagio, de manera que sería un exceso que todos los clientes de todo el sector de la hostelería en sentido



amplio y sin distingos, debieran someterse a la carga de facilitar sus datos personales y los empresarios a la de obtenerlos y custodiarlos.

Aun cuando no es misión de la Sala sustituir el criterio de la Administración, este Tribunal debe velar por la debida justificación de las restricciones toda vez que, una vez desaparecido el estado de alarma y siendo notorias las soluciones diferenciales sobre el particular debatido según las Comunidades Autónomas, requieren cumplida y específica motivación de su ámbito de aplicación, que como toda restricción ha de ser objeto de consideración restrictiva, tanto por el *favor libertatis*, que inspira nuestro ordenamiento (arts.1 y 10 CE), como por el hecho de que hablamos de la efectividad de derechos fundamentales, como son la protección de datos personales (art. 18.4 CE y LO 3/2018, de 5 de diciembre).

Por tanto y en este caso a la luz del principio de proporcionalidad no pueden considerarse justificadas convenientemente y en los términos exigidos jurisprudencialmente las medidas, fundadas en la protección de la salud y de la vida, consistentes en los listados de asistentes de establecimientos de hostelería y de clientes en los establecimientos de ocio nocturno, en la medida en que no discriminan los distintos tipos de establecimientos y circunstancias vinculadas a la propagación de la pandemia.

SÉPTIMO.- Por último, es preciso puntualizar que tampoco en cuanto al alcance temporal de las medidas se habría justificado convenientemente la limitación del derecho fundamental de protección de datos personales.

Por cuanto se refiere, por una parte, al momento en que son aplicables estas medidas de ratificación, ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de mayo de 2021, antes citada, despejó cualquier duda al señalar: “las medidas sanitarias aún no ratificadas judicialmente no despliegan efectos, ni son aplicables”. Por tanto, en consonancia con tal jurisprudencia es preciso recordar que las medidas, cuya ratificación se pida y, en su caso, se conceda, solo pueden tener

efectos desde la adopción de la ratificación judicial y no cabe pretender su efecto retroactivo, desde una fecha anterior a la de la adopción de este auto.

En cuanto respecta a la duración de los efectos de tales medidas que es esta Sala la que debe ratificar la limitación temporal bien determinada y no supeditada a eventuales prórrogas que decida la Administración autonómica.

En todo caso no parece que esta Sala pueda conceder una autorización que suponga una restricción de un derecho fundamental sin conocer de antemano el tiempo máximo de vigencia que, como es obvio, también deberá ser limitado y estar justificado y ser proporcionado. Tiempo de vigencia que, como se ha razonado, deberá contarse a partir de la eventual concesión de la ratificación judicial y no cuando previamente lo haya decidido la Administración solicitante de la ratificación.

Por todo lo cual y al no haber cumplido todos y cada uno de los presupuestos legal y jurisprudencialmente exigidos, procede desestimar la solicitud de ratificación de las medidas contenidas en los apartados 2.3 (Condiciones para la realización de eventos en establecimientos de hostelería y restauración) y 2.4 (Condiciones para a apertura de establecimientos de ocio nocturno) en cuanto se refiere al listado de asistentes y al listado de clientes adoptadas por la Resolución de 28 de mayo de 2021, de la Consejería de Salud del Principado de Asturias.

OCTAVO.- No procede imponer las costas a ninguna de las partes que han intervenido en este procedimiento judicial.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias acuerda desestimar la ratificación de las medidas contenidas en los apartados 2.3 (Condiciones para la realización de eventos en establecimientos de hostelería y restauración) y 2.4 (Condiciones para la apertura de establecimientos de ocio nocturno) en cuanto se refiere al listado de asistentes y al listado de



clientes adoptadas por la Resolución de 28 de mayo de 2021, de la Consejería de Salud del Principado de Asturias.

No procede imponer las costas a ninguna de las partes que han intervenido en este procedimiento judicial.

Notifíquese este auto a la Administración requirente y al Ministerio Fiscal haciéndoles saber que contra el mismo cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de tres días hábiles.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados anotados al margen, ante mí, la Letrado de la Administración de Justicia, que 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 tutelar 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.

