



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.



Sección: AMF

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

Plaza de San Agustín N° 6  
Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 30 64 60

Fax.: 928 30 64 62

Email: s2contadm.lpa@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Recurso de apelación N° proc. origen:  
0000003/2022-00

Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso-  
Administrativo. Sección Primera de Las Palmas de Gran  
Canaria

Procedimiento: Recurso de apelación

N° Procedimiento: 0000029/2022

NIG: 3501645320210002055

Materia: Derechos fundamentales

Resolución: Sentencia 000109/2022

Intervención:

Fiscal  
Apelado  
Apelante

Interviniente:

MINISTERIO FISCAL MINISTERIO FISCAL  
UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN  
CANARIA  
ASOCIACION LIBERUM

Procurador:

MARIA CRISTINA SOSA GONZALEZ

## SENTENCIA

Ilmos./as Sres./as

Presidente

D. ÓSCAR BOSCH BENÍTEZ

Magistrados

D<sup>a</sup>. MARÍA MERCEDES MARTÍN OLIVERA

D<sup>a</sup>. LUCÍA DEBORAH PADILLA RAMOS (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 7 de abril de 2022.

Vistos por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, el recurso de apelación 29/2022, interpuesto por la asociación Liberum, representada por la procuradora Doña María Cristina Sosa González y asistida por la letrada Doña Cristina Armas Suárez, contra el auto de fecha 27 de octubre de 2021, dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Las Palmas de Gran Canaria, en el Procedimiento de Derechos Fundamentales 334/2021, Pieza Separada de Medidas Cautelares 01, siendo parte apelada la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, asistida y representada por la letrada del servicio jurídico Doña María del Mar Rojas Rojas.



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.



Siendo Ponente la Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Lucía Débora Padilla Ramos, quien expresa el parecer de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El día 27 de octubre de 2021, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Las Palmas de Gran Canaria, Procedimiento de Derechos Fundamentales 334/2021, Pieza Separada de Medidas Cautelares 01, dictó Auto cuyo fallo es del siguiente tenor “1.- *Denegar la medida cautelar solicitada por la procuradora Doña María Cristina Sosa González en nombre y representación de la asociación Liberum.*

2.- *No hacer pronunciamiento sobre las costas del incidente”.*

**SEGUNDO.-** Por escrito presentado el día 4 de noviembre de 2021, la parte recurrente, interpuso recurso de apelación contra la citada resolución formulando los motivos de impugnación frente a la resolución recurrida y terminó solicitando en su día previos los trámites legales se estimase el recurso anulando la sentencia de instancia y dictando nueva Sentencia acogiendo sus pedimentos.

**TERCERO.-** Admitido a trámite el recurso, se acordó dar traslado del mismo a las otras partes, oponiéndose al recurso de apelación la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, solicitando que se dictase sentencia desestimando el recurso y confirmando en todos sus puntos la resolución apelada, y no habiendo presentado escrito alguno el Ministerio Fiscal.

**CUARTO.-** Elevadas las actuaciones a este Tribunal, correspondiendo su conocimiento a esta Sección Segunda, siendo designado Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Lucía Débora Padilla Ramos, señalándose el día 7 de abril de los corrientes para la deliberación, votación y fallo del recurso de apelación, día y hora en que tuvo lugar.

**QUINTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones de los artículos 80.3 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente procedimiento tiene por objeto la impugnación del Auto de fecha 27



de octubre de 2021, dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Las Palmas de Gran Canaria, Procedimiento de Derechos Fundamentales 334/2021, Pieza Separada de Medidas Cautelares 01, el que se acordó denegar la medida cautelar solicitada consistente en la suspensión de la resolución del rector de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria de 1 de septiembre de 2021 por el que se actualizaban las medidas de prevención COVID-19 en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria para su aplicación en el curso 2021-2022, en concreto, de los apartados B).12 y D).10 relativos al certificado COVID, y apartado E) relativo al protocolo de actuación ante un caso sospechoso o positivo de COVID-19.

**SEGUNDO.-** La parte recurrente, apela el auto alegando, en síntesis lo siguiente:

El proceso de vacunación es voluntario y los datos de carácter sanitario estrictamente confidenciales por lo que no cabe solicitar al alumnado certificado de vacunación COVID. Considera que por parte de la apeladas se realiza una supuesta recomendación para acosar y perseguir mediante discriminación a las personas no vacunadas, por lo que las medidas incluidas en el protocolo vulneran el derecho a la intimidad y protección de datos, así como artículo 14 de la Constitución.

Considera que para la adopción de tales medidas es necesario autorización judicial previa

**TERCERO.-** La parte apelada fundamenta su oposición alegando, en síntesis, lo siguiente:

Considera acertada la resolución impugnada.

Afirma que no existe error en la valoración de la prueba de la jurisprudencia o normativa a aplicar. Entiende que no se ha producido quebranto de los derechos fundamentales alegados de contrario, se trata de una serie de recomendaciones a seguir para el desarrollo del curso académico 2021/2022.

**CUARTO.-** El Ministerio Fiscal no formuló oposición al recurso de apelación.

**QUINTO.-** No obstante, lo dispuesto en el apartado anterior, se hace necesario analizar el artículo 130 de la LJCA que establece los criterios materiales con los que el Juez o Tribunal debe otorgar la medida cautelar, en estos términos: "*Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada*". Tras la lectura del precepto, se desprende la exigencia de un doble requisito, por una parte el denominado fumus boni iuris o apariencia de buen derecho o seriedad de la pretensión frente a la debilidad o convencionalismo de la oposición, y por otra, el requisito de periculum in mora, o urgencia para evitar que la demora en la resolución del pleito principal cause perjuicios apreciables. La concurrencia de estos requisitos no ha de ser alternativa sino concurrente.



Lo cierto es que la fórmula del artículo 130 de la LJCA, se refiere al requisito de *fumus boni iuris* cuando el precepto habla de que hay que evitar que pierda "su finalidad legítima" el recurso, lo que obliga a un juicio de legitimidad (aparente, manifiesta, porque no puede ser otra en esa fase) de la pretensión. Precisamente, la doctrina del *fumus boni iuris* es la utilizada por el Tribunal de Justicia, cuya doctrina es vinculante para los Jueces nacionales siempre que esté presente algún elemento de Derecho Comunitario, lo que es hoy tan común, así como utilizada por el Tribunal Constitucional que también vincula a todos los Jueces, de conformidad a lo establecido en el artículo 5 de la LOPJ.

Al respecto debe señalarse que por "finalidad legítima del recurso" debe entenderse la perseguida en el concreto proceso de que se trate por el recurrente y no otra cualquiera vinculada a la efectividad de las sentencia, sobre la base de una mera ejecución de la misma por su equivalente económico, es decir, se encuentra referida a la satisfacción de la pretensión ejercitada en el proceso en forma específica. Recuérdese que la ejecución de las sentencias por su equivalente no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual no permite vincular este razonamiento con la salvaguarda de la finalidad legítima del recurso. Asimismo, se otorga una primacía a los intereses generales o de terceros sobre los del recurrente, lo que tiene una evidente justificación para los primeros pero no para los segundos, máxime si se vincula la tutela cautelar con el derecho a la tutela judicial efectiva.

En cuanto al segundo requisito exigido por el artículo 130 de la LJCA exige que la ponderación de intereses obligue a una estimación de la urgencia o *periculum*, debiendo destacarse que la exigencia expresa de que el posible perjuicio al interés público debe ser "ponderada en forma circunstanciada" impide una actitud que no ha sido infrecuente en ciertas decisiones, la de estimar que la Administración por sí misma encarna siempre el interés general, con cita del artículo 106.1 de la Constitución. Los intereses generales o de tercero que, si se dan los requisitos propios de la procedencia de la medida cautelar, pueden oponerse a ésta, han de ser, según vemos, "circunstanciados", específicos, además de motivados, lo que excluye cualquier invocación general y apodíctica. Por lo demás, el perjuicio ha de ser "grave", no cualquier incomodidad.

En este sentido según recoge el Auto del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, la decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LJCA y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional. La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta por parte del Tribunal de los siguiente criterios:

1. Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios, de aquellas



circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997: "la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado que la ejecución del acto impugnado [o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación". El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que sea suficiente una mera invocación genérica.

1. Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulte irreparable la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal" (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).
1. El periculum in mora. Conforme al artículo 130.1 LJCA: "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso". Este precepto consagra el llamado periculum in mora como primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, nuevo parámetro esencial, para la adopción de la medida cautelar, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que de modo inmediato puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. No obstante, se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.
1. La ponderación de intereses: Intereses generales y de tercero. Conforme al artículo 130.2 LJCA, la medida cautelar puede denegarse cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada. Así, el criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: "al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego". Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada, según exige el citado artículo 130.2 LJCA. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia, "cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada

consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto" (ATS 3 de junio de 1997, entre otros muchos).



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 requieren 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.

**SEXTO.-** En relación al supuesto de autos, la apelante solicitó la suspensión de 3 apartados, en concreto, los apartados B 12, D 10 y E. Pasamos a analizar cada uno de ellos.

En cuanto a los apartados B 12 y D 10, los mismos establecen;

B12 *“Se recomienda disponer en todo momento del certificado vacunal para el acceso a las aulas, que podrá ser requerido por el coordinador COVID y la identificación de los estudiantes no vacunados, a los que se recomienda para mayor seguridad que se ubiquen en las zonas distantes del aula que cuenten con mejor ventilación y mayor distancia e interpersonal”.*

D10 *“Los intercambios internacionales se realizarán según las recomendaciones y legislación vigente. En todos nuestros centros y facultades se recomienda a las personas que se incorporan este curso académico de otros países que presenten el certificado de vacunación frente a la COVID-19, sobre todo si proceden de entornos con disponibilidad de vacunas. Las personas procedentes de entornos donde no es posible disponer de vacunas se les planificará la vacunación en coordinación con el Servicio Canario de Salud a su llegada”.*

En relación a los citados apartados el auto impugnado dispone *“Tal y como puede comprobarse no se trata de normas imperativas sino de meras recomendaciones por lo que en principio no parece que su aplicación pueda afectar directamente a derecho fundamental alguno y carece de sentido suspender unas meras recomendaciones que no contienen ninguna medida coercitiva para su imposición”.*

A este respecto debemos mostrar nuestra conformidad con el criterio expresado en el auto impugnado, la propia utilización del vocablo recomendación *“Se recomienda disponer en todo momento del certificado vacunal (...)” “se recomienda a las personas que se incorporan este curso (...)”* pone de manifiesto un mero consejo o parecer del que no pueden derivarse consecuencias de carácter negativo, motivo por el que difícilmente puede considerarse que su aplicación pueda afectar a los derechos fundamentales invocados.

En cuanto al apartado E) determina el establecimiento de un protocolo de actuación de la ULPG para los casos sospechosos o positivos de COVID-19





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.



Sobre este apartado establece el auto impugnado *“En este caso se trata de aplicar las normas establecidas en el 11/2021 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 así como la estrategia de detección precoz como vigilancia y control del COVID de la Dirección General de Salud Pública del Gobierno de Canarias y del Ministerio de Sanidad, normas y recomendaciones que tienen como finalidad proteger el interés general de la salud pública y con ello el derecho a la vida y a la salud de los ciudadanos garantizado en el artículo 15 de la Constitución que se aplican únicamente en aquellos casos en los que se haya detectado un caso de COVID o haya personas con síntomas compatibles con la enfermedad y que tienen como finalidad esencial evitar la propagación de esta, por lo que ponderando los intereses en conflicto, es prevalente el interés público que trata de proteger la resolución impugnada por lo que no procede la suspensión”*.

También en este caso debemos mostrar nuestra conformidad con la resolución impugnada, habida cuenta que, aún cuando a meros efectos dialécticos y prima facie, se admitiera una posible afectación de los derechos fundamentales invocados (derecho de igualdad ante la ley y a no ser discriminado, derecho a la integridad moral, derecho a la libertad, derecho a la intimidad personal y derecho a la libre circulación), el protocolo de actuación es de carácter limitado, no aplicándose a la población en general, sino únicamente a aquellos supuestos positivos en COVID-19 o personas con síntomas compatibles con la enfermedad, tratando dicha medida de preservar la salud pública, y los derechos fundamentales del derecho a la salud de los ciudadanos integridad física y derecho a la vida, derechos fundamentales, que por su especial relevancia, en todo caso, deben considerarse prevalentes a los invocados por la parte apelante, quedando justificada la posible limitación de los derechos fundamentales al tratarse de una medida que tiene por objeto evitar la propagación de una enfermedad altamente transmisible, lo que determina que tampoco en este supuesto pueda ser adoptada la medida cautelar interesada.

**SÉPTIMO.-** De conformidad con el art. 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, procede hacer expresa imposición de costas en la presente apelación.

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

1.- DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la asociación Liberum, representada por la procuradora Doña María Cristina Sosa González y asistida por la letrada Doña Cristina Armas Suárez, contra el auto de fecha 27 de octubre de 2021, dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Las Palmas de Gran Canaria, en el Procedimiento de



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.

2.- CONFIRMAR dicha Sentencia.

3.- EFECTUAR expresa imposición de las costas causadas en la segunda instancia a la parte vencida.

Esta Sentencia no es firme y contra ella cabe, conforme a lo establecido en los artículos 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo o, en su caso, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los que se planteen ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de 6 de julio de 2016).

*Así por nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos: Don Oscar Bosch Benítez, Doña Mª Mercedes Martín Olivera y Doña Lucía Déborah Padilla Ramos.*

*Publicación: leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Magistrada ponente, Doña Lucía Déborah Padilla Ramos, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como letrada de la administración de justicia, certifico.*





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.



Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
LUCÍA DEBORAH PADILLA RAMOS - Ponente	07/04/2022 - 14:41:53
ÓSCAR BOSCH BENÍTEZ - Deliberador	07/04/2022 - 15:33:54
MARÍA MERCEDES MARTÍN OLIVERA - Deliberador	08/04/2022 - 08:44:37
En la dirección <a href="https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos">https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos</a> puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: A05003250-3597ab2b658cb2cf4ecb18980731649404210075	
El presente documento ha sido descargado el 08/04/2022 7:50:10	