

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**EAEko AUZITEGI NAGUSIA
ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN SALA**

BARROETA ALDAMAR, 10-2ª Planta-CP: 48001 Bilbao
TEL.: 94-4016655 FAX: 94-4016996
Correo electrónico:tsj.salacontencioso@justizia.eus / an.adm-auziaksala@justizia.eus

NIG PV: **00.01.3-21/000930**
NIG CGPJ: **48020.33.3-2021/0000930**

Procedimiento: Otros 1019/2021 - Seccion 3ª ESI

Demandante-SOLICITANTE: ADMINISTRACION GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO
Representante: SERVICIO JURIDICO CENTRAL DEL GOBIERNO VASCO

MINISTERIO FISCAL

ACTUACIÓN RECURRIDA: AUTORIZACION O RATIFICACION DEL DECRETO DEL LEHENDAKARI POR EL QUE SE AMPLIAN LOS ESTABLECIMIENTOS, EVENTOS, ACTIVIDADES Y LUGARES PARA CUYO ACCESO ES PRECEPTIVA LA EXIGENCIA DEL CERTIFICADO COVID DIGITAL DE LA UE (QR) ESTABLECIDOS POR LA ORDEN DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2021 DE LA CONSEJERA DE SALUD. =

AUTO N.º 93/2021

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE: D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA
MAGISTRADOS: D. JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ
Dª. IRENE RODRIGUEZ DEL NOZAL

Siendo Ponente Dª IRENE RODRIGUEZ DEL NOZAL .

En Bilbao, a catorce de diciembre de dos mil veintiuno.

HECHOS

ÚNICO.- Por escrito presentado el 10 de diciembre de 2021, el Letrado del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco solicitó que se dictara auto por el que se autorizaran las medidas previstas en los artículos 1 y 2 del Decreto del Lehendakari que se adjuntaba, carente de número y fecha por estar pendiente de esta autorización judicial y que se denominaba como *“Decreto XX/2021, de XX de diciembre, del Lehendakari, por el que se amplían los establecimientos, eventos, actividades y lugares para cuyo acceso es preceptiva la exigencia del certificado Covid digital de la Unión Europea (QR) establecidos por la Orden de 17 de noviembre de 2021, de la Consejera de Salud.”*

Por providencia de ese mismo día se acordó registrar el escrito presentado, dando lugar al procedimiento nº 1019/2021, y dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que

presentara informe, teniendo de plazo hasta las 14:00 horas del día 13 de diciembre de 2021.

Conferido el mencionado traslado y evacuado el mismo por el Ministerio Fiscal, informando favorablemente, quedaron las actuaciones pendientes de deliberación y fallo, que tuvieron lugar ese mismo día.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Antecedentes del caso.

La exigencia del Certificado Covid Digital de la Unión Europea (QR), vulgarmente conocido como “pasaporte Covid”, ya fue solicitada en su día por el Gobierno vasco para toda la Comunidad Autónoma mientras la incidencia acumulada a 14 días iguale o supere los 150 por cada 100.000 habitantes para acceder a: (i) los establecimientos destinados a ofrecer al público actividades de esparcimiento y baile, como discotecas, salas de baile, salas de fiestas con espectáculos, bares musicales, karaokes y todos los incluidos en los Grupos III y IV del Decreto 17/2019, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de espectáculos públicos y actividades recreativas y en los pubs y bares especiales del Grupo III, a partir de las 22:00 horas; (ii) los restaurantes con capacidad superior a 50 comensales.

Esta Sala, por auto nº 91/2021, de 22 de noviembre de 2021 (procedimiento nº 973/2021), denegó la ratificación de la medida, por entender, en resumidos términos, que la misma no superaba el triple juicio de proporcionalidad, necesidad e idoneidad de la medida. El auto contaba con un voto particular.

Recurrido el auto anterior en casación ante el Tribunal Supremo, éste dictó sentencia nº 1412/2021, de 1 de diciembre de 2021 (recurso de casación nº 8074/2021), en la que estimó el recurso interpuesto y acordó la ratificación de la medida solicitada, por considerar que la medida superaba el triple juicio de proporcionalidad, necesidad e idoneidad. La sentencia cuenta asimismo con un voto particular.

Con fecha 4 de diciembre de 2021, la Orden de 17 de noviembre de 2021 que exigía el “pasaporte Covid” para las actividades enumeradas anteriormente fue publicada en el Boletín Oficial del País Vasco, entrando en vigor ese mismo día.

SEGUNDO. Solicitud de autorización judicial.

En el presente caso, se solicita la autorización judicial de las medidas incluidas en los artículos 1 y 2 del Decreto del Lehendakari que se adjunta, y que tiene por finalidad ampliar los establecimientos, eventos, actividades y lugares para cuyo acceso es preceptiva la exigencia del certificado Covid digital de la Unión Europea (QR) establecidos por Orden de 17 de noviembre de 2021, de la Consejera de Salud.

Concretamente, las medidas cuya autorización judicial se solicita tienen el siguiente contenido:

“Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

El objeto del presente Decreto es ampliar el ámbito de los establecimientos, eventos, actividades y lugares para cuyo acceso resulta preceptiva la exigencia del Certificado Covid Digital de la Unión Europea (QR), como medida adicional de prevención y contención propias de la vigilancia y control de la salud pública en atención al antecedente de la pandemia de Covid-19, establecidos por Orden de 17 de noviembre de 2021, de la Consejera de Salud. Los nuevos ámbitos son los siguientes:

- 1. Salas de conciertos y salas multiusos u otros espacios habilitados cerrados cuando se realicen conciertos, festivales musicales y otros acontecimientos culturales y artísticos.*
- 2. Establecimientos de hostelería y restauración, incluidos salones de banquetes cuando se realicen actividades con posibilidad de baile, independientemente del número de asistentes.*
- 3. Polideportivos, gimnasios y otros espacios interiores donde se practica actividad física y/o deportiva, tanto para deportistas como acompañantes y público.*
- 4. Instalaciones deportivas, abiertas o cerradas, tales como estadios, frontones o similares, cuando se celebren competiciones con un sistema de control de acceso (tiques, abonos, invitación y similares) y una asistencia superior a 100 personas.*
- 5. Centros hospitalarios y centros sociosanitarios, así como centros penitenciarios: personas que visitan a pacientes ingresados o residentes.*

Artículo 2. Exigencia del Certificado Covid Digital de la Unión Europea (QR) como medida adicional de prevención.

Mientras la Tasa de Incidencia Acumulada en el conjunto de la Comunidad Autónoma de Euskadi de casos positivos por Covid-19 en los últimos 14 días sea igual o superior a 300 casos por cada 100.000 habitantes, tanto el acceso como la permanencia en el interior de los establecimientos, eventos, actividades y lugares señalados en el artículo anterior, estará condicionada al control por parte de los responsables del establecimiento de la exhibición por parte de la persona usuaria, en papel o soporte digital, de su Certificado Covid Digital de la Unión Europea (QR).

Dicha exigencia no será necesaria para el acceso a personas menores de 12 años a aquellos establecimientos, eventos, actividades y lugares a los que no tengan limitado el mismo por su clasificación. Tampoco será exigible a las personas trabajadoras de dichos locales cuando accedan a los mismos para realizar su trabajo.

A estos efectos, en la página web del Departamento de Salud (<https://www.euskadi.eus>) se divulgará los lunes y jueves de cada semana, el índice de la tasa fijada en el primer párrafo, siendo eficaz su referencia a efectos de lo previsto en esta Orden a partir del día siguiente.”

Conferido traslado al Ministerio Fiscal, el mismo presentó informe indicando que procedía la autorización judicial solicitada.

TERCERO. Posición de la Sala.

El parecer mayoritario de la Sala sobre la exigencia del “pasaporte Covid” ya se puso de manifiesto en nuestro auto nº 91/2021, de 22 de noviembre de 2021, por el que se denegó la

autorización solicitada. El Tribunal Supremo revocó este auto por sentencia nº 1412/2021, de 1 de diciembre de 2021, resolviendo el recurso de casación interpuesto al amparo del art. 87 ter de la LJCA y que se introdujo por Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo con la finalidad de “uniformar doctrina” y ser el *“mecanismo idóneo que permita a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo resolver las dudas y divergencias que, sobre la interpretación y aplicación del marco normativo estatal, se puedan generar en los procedimientos de autorización y ratificación judicial de las medidas sanitarias”* (Exposición de Motivos).

En definitiva, el Tribunal Supremo vino a fijar la interpretación que debe darse al marco normativo estatal, y ésta es vinculante en tanto órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 de nuestra Constitución), en que lo es el Tribunal Constitucional, que no se ha pronunciado sobre esta materia.

La conclusión del Tribunal Supremo es que el *“pasaporte Covid”* es *“(i) una medida adecuada para prevenir la transmisión de la enfermedad; (ii) una medida necesaria porque es menos agresiva que otras y no afecta significativamente a la posibilidad de acceso a dichos establecimientos ni, desde luego, a la actividad que realizan; y (iii) una medida proporcionada porque sirve para preservar la salud y reducir los riesgos vitales que comporta la pandemia, mientras que incide tenuemente en los derechos a la igualdad y a la intimidad, como ya dijimos en la sentencia nº 1112/2021, de 14 de septiembre, sin afectar a otros de manera apreciable.”*

En el caso que ahora se somete a autorización judicial, se vuelve a exigir el *“pasaporte Covid”* pero ahora para el acceso a otros establecimientos (los referidos en el fundamento de derecho segundo) y mientras la tasa de incidencia acumulada en el conjunto de la Comunidad Autónoma de Euskadi de casos positivos por Covid-19 en los últimos 14 días sea igual o superior a 300 casos por cada 100.000 habitantes.

Esta nueva solicitud subsana algunas deficiencias observadas por esta Sala en su auto de 22 de noviembre, y así, consigna ahora debidamente la cobertura legal de la medida, con referencia a las normas legales pertinentes; excluye de forma expresa de la exigencia del *“pasaporte Covid”* a los trabajadores de los establecimientos destinatarios de la medida; y fija una duración temporal más precisa, al señalar el Decreto en su Disposición Final Primera que las medidas *“tendrán una duración temporal hasta el 31 de enero de 2022 y serán objeto de seguimiento y evaluación continua”*. Incluso si el Gobierno vasco no hubiera aclarado los puntos anteriores, no serían obstáculo para conceder la autorización judicial, según ha indicado el Tribunal Supremo; pero su aclaración conduce, sin duda, a una mayor calidad técnica de la medida cuya autorización judicial se pretende.

La ampliación del *“pasaporte Covid”* a los establecimientos indicados en el Decreto se justifica en la situación epidemiológica. Así, a fecha 8 de diciembre de 2021, la tasa de incidencia acumulada a 14 días en la Comunidad Autónoma era de 791,569 casos por 100.000 habitantes, con una cifra de hospitalizados por Covid-19 de 293 y una ocupación de camas UCI de 73. Aunque estas cifras son absolutas y no relativas, son claramente superiores a las acreditadas cuando se solicitó la exigencia de *“pasaporte Covid”* en noviembre, con una tasa de incidencia acumulada a 14 días de 184,84 casos por 100.000 habitantes, con 114 hospitalizados y 30 camas de UCI ocupadas. Además, se aporta informe de seguimiento de la pandemia en Euskadi del Departamento de Salud fechado el 9 de diciembre de 2021 donde constan los datos de presión hospitalaria, acreditándose que ésta está *“ascendiendo a ritmo rápido”*.

Existe base fáctica suficiente, pues, para la adopción de nuevas medidas restrictivas.

En cuanto a la fundamentación jurídica de la medida cuya autorización judicial se pretende, la misma se encuentra en el propio Decreto, en la Memoria justificativa y en el Informe jurídico.

En esencia, se reitera que *“el SARS-CoV-2 puede transmitirse de persona a persona por diferentes vías, siendo la principal por contacto e inhalación de las gotas y aerosoles respiratorios emitidos por las personas infectadas. También se puede producir el contagio por contacto indirecto a través de las manos u objetos contaminados. La transmisión por aerosoles procedentes de una persona portadora del virus SARS-CoV-2 se considera la vía de transmisión más importante. [...] Está también comprobado que la transmisión del SARS-CoV-2 es más frecuente en espacios cerrados compartidos con más gente y con peor ventilación. A mayor número de personas y a mayor proximidad entre ellas y peor ventilación, se observa mayor número de contagios. El riesgo de alta transmisión en espacios cerrados se exagera en función de la realización de actividades que generan más aerosoles como son el canto, hablar en voz alta, gritar, bailar y hacer ejercicio intenso”* (folios 4 y 5 de la Memoria justificativa).

Con base en lo anterior, se concluye que *“se hace necesario extender la exigencia del certificado Covid a otros establecimientos que, por la naturaleza de sus actividades, comportan un mayor riesgo respecto a la Covid-19”*, siendo el caso de las que se enumeran (folio 6 de la Memoria justificativa).

No presenta problemas la autorización judicial de la ampliación del *“pasaporte Covid”*, vista la posición del Tribunal Supremo, para los establecimientos cerrados que se indican en el artículo 1 del Decreto, pues en ellos hay mayor riesgo de contagio por ser lugares donde se eleva la voz, se canta o se consumen alimentos y bebidas sin mascarillas (salas de conciertos, establecimientos de hostelería y restauración), o donde se practica actividad física intensa que aumenta la generación de aerosoles (polideportivos, gimnasios e instalaciones deportivas cerradas), o donde están ingresadas o internas personas con mayor vulnerabilidad ante los contagios (centros hospitalarios, sociosanitarios y penitenciarios).

Distinta solución debe darse para los establecimientos abiertos que se indican en el artículo 1 del Decreto, y que serían las *“instalaciones deportivas abiertas, tales como estadios, frontones o similares, cuando se celebren competiciones con un sistema de control de acceso (tiques, abonos, invitación y similares) y una asistencia superior a 100 personas.”*

Ningún punto del Decreto o la Memoria justificativa razona debidamente la necesidad de ampliar el *“pasaporte Covid”* a espacios abiertos. Entre las actividades que generan mayor riesgo de infección no se consignan expresamente tales espacios, y éstos sólo podrían incluirse en la referencia genérica a *“aquellas actividades no esenciales de mayor riesgo por darse condiciones que favorecen la transmisión del virus por aerosoles y que implican la aglomeración de un número importante de personas”* (folio 6 de la Memoria justificativa). No obstante, no puede olvidarse que la Memoria es categórica cuando concluye que *“el riesgo de contagio es mayor en espacios interiores”* (conclusión de la Memoria justificativa en su folio 7).

No constan tampoco otros pronunciamientos judiciales que hayan autorizado el *“pasaporte Covid”* en espacios abiertos. De hecho, el reciente auto nº 182/2021, de 9 de diciembre

de 2021, dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, autorizó la medida indicada para la *“asistencia de público en instalaciones deportivas”* pero sólo para el acceso *“a las zonas interiores o instalaciones cubiertas”* de las mismas, razonando expresamente que ello se debe a que las mismas *“son de riesgo alto [...] en tanto que en los mismos puede producirse la ingesta de alimentos y bebidas con la consiguiente falta de mascarilla.”* El mismo Gobierno de Cantabria se ocupó de puntualizar en su solicitud que la medida *“no opera para instalaciones o establecimientos al aire libre y sólo es exigible si en su interior estuviera permitida la venta y/o consumo de comida o bebida”* (Fundamento de Derecho Primero del auto).

En este caso concurre, además, un obstáculo adicional para que pueda considerarse que la ampliación de la exigencia del *“pasaporte Covid”* a espacios abiertos supera el juicio de proporcionalidad, y es que las medidas restrictivas actualmente vigentes en Euskadi ya minimizan cualquier riesgo de contagio que pudiera haber en las aglomeraciones de personas en espacios abiertos.

Así, la Orden de 6 de octubre de 2021, de la Consejera de Salud, prevé en el punto 5 de su Anexo que *“durante el desarrollo de eventos no se permitirá, ni en recintos interiores ni en exteriores, el consumo de alimentos y bebidas, salvo agua. Únicamente se podrán vender y consumir alimentos y bebidas en los espacios destinados a hostelería y restauración.”*

La Orden de 16 de noviembre de 2021 va más allá y acuerda *“suspender o posponer temporalmente [...] la celebración de todas aquellas actividades, independientemente de su ámbito, en las que las autoridades municipales prevean que no se pueda garantizar el cumplimiento de las medidas preventivas previstas en el anexo de la Orden de 6 de octubre de 2021. Los eventos o actividades en los que resulta más difícil garantizar el cumplimiento de las medidas preventivas básicas, especialmente el uso de la mascarilla, son aquellos en los que se contemple la ingesta de comidas o bebidas. En aquellos eventos que se organicen manteniendo las medidas preventivas, tanto en espacios interiores como al aire libre, conviene reforzar medidas de distanciamiento que eviten aglomeraciones y promuevan la dispersión del público. [...]”*

Esta Orden es, además, especialmente ilustrativa por cuanto contiene un argumento que es contrario a la pretensión actual del Gobierno vasco de exigir *“pasaporte Covid”* en espacios abiertos, y es que se indica que *“Cuando sea posible, se procurará organizar las actividades en el exterior. Las actividades al aire libre son las más seguras. El riesgo de contraer o transmitir la COVID-19 es mayor en espacios cerrados y con mucha gente.”*

Cabe señalar que el Ministerio Fiscal informó favorablemente la autorización judicial solicitada incluso respecto de los espacios abiertos, entendiendo que las instalaciones deportivas abiertas concentran gente de procedencia muy diversa y durante prolongados períodos de tiempo, siendo difícil que se mantenga el uso de mascarilla de manera constante y la distancia interpersonal, por lo que el riesgo de contagio que existe en los espacios cerrados también puede darse en los abiertos.

A pesar de que en los espacios abiertos pueda existir, como indica el Ministerio Fiscal, riesgo de contagio; no compartimos la conclusión de que la medida solicitada deba ser autorizada. En primer lugar, por las razones que ya hemos venido exponiendo en párrafos precedentes; en segundo lugar, porque el riesgo de contagio existe, desgraciadamente, en todos los ámbitos de la vida diaria, y no bastaría que el Gobierno vasco aportara argumentaciones genéricas comunes a

un gran número de actividades para aplicar la medida en cuestión a unas sí, y a otras no; y, por último y en relación con lo anterior, porque se solicita la medida respecto de instalaciones deportivas abiertas sin justificación específica de por qué procede tal medida en estos espacios abiertos, y no en otros. Parece lógico que, si se pide en instalaciones deportivas abiertas, la misma justificación que se diera para éstas permitiría adoptar la medida, por ejemplo, en cualesquiera instalaciones al aire libre (sean plazas de toros, parques, etc.) donde puedan realizarse eventos multitudinarios (como conciertos, festivales, etc.). La solicitud de ampliar la medida a espacios abiertos, en fin, requiere una argumentación especialmente justificada, visto que tales espacios abiertos son los más seguros. Tal argumentación especialmente justificada no existe en este caso.

Por tanto, se concluye que (i) ni el Decreto ni la Memoria justifican la necesidad y proporcionalidad de exigir el *“pasaporte Covid”* en espacios abiertos; (ii) no hay pronunciamientos judiciales que avalen esta medida; (iii) la normativa vigente no permite el consumo de comida y bebida en eventos exteriores como los que serían destinatarios de la medida, por lo que no hay razón para que los asistentes se desproveen de mascarilla ni haya transmisión por aerosoles; (iv) el propio Gobierno vasco, en su normativa vigente, reconoce que *“las actividades al aire libre son las más seguras”*, y (v) el Gobierno vasco no realiza un especial esfuerzo de motivación para justificar la ampliación de la medida a espacios abiertos, indicando por qué procedería en algunos de ellos y en otros no.

Todo ello conduce a la necesaria conclusión de que la ampliación de la exigencia del *“pasaporte Covid”* no puede aprobarse respecto de espacios abiertos, por lo que debe autorizarse la medida solicitada respecto de los espacios cerrados y debe denegarse la misma respecto del punto 4 del artículo 1 del Decreto del Lehendakari en cuanto en aquél se consigna la palabra *“abiertas”* en referente a las instalaciones deportivas.

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

DISPONEMOS

AUTORIZAR las medidas previstas en los artículos 1 y 2 del Decreto del Lehendakari por el que se amplían los establecimientos, eventos, actividades y lugares para cuyo acceso es preceptiva la exigencia del certificado Covid digital de la Unión Europea (QR) establecidos por la Orden de 17 de noviembre de 2021, de la Consejera de Salud, **A EXCEPCIÓN** del punto 4 del artículo 1 del mencionado Decreto en cuanto en aquél se consigna la palabra *“abiertas”* en referente a las instalaciones deportivas.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACION** mediante escrito presentado directamente ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo compareciendo e interponiendo el recurso en el plazo de **3 DIAS HABLES** contados desde la fecha de notificación del auto impugnado (**Artículo 87 TER LJCA**)

Así por este su auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados antes nombrados, componentes de este Tribunal, de lo que yo, Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

Otros 1019/2021 -Auto fin procedimiento 14/12/2021

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera 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.
