



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Sección: A1

SECCION Nº 1 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON

C/ Coso, 1, Zaragoza
Zaragoza
Teléfono: 976 208 351, 976 208 350
Email: tribunalsuperiorcontenciosos1zaragoza@justicia.aragon.es
Modelo: MC017

Proc.: **DERECHOS FUNDAMENTALES**

Nº: **0000844/2021**
NIG: 5029733320210000986
Resolución: Auto 000345/2021
Pieza: Pieza de Medidas Cautelares - 01

Puede relacionarse telemáticamente con esta Admón. a través de la sede electrónica (personas jurídicas) <https://sedejudicial.aragon.es/>

Intervención:	Interviniente:	Procurador:	Abogado:
Demandante	ELEUTERIA		
Ddo.admon.auton.	DEPARTAMENTO DE SANIDAD - GOBIERNO DE ARAGÓN		LETRADO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGON

A U T O

En Zaragoza a 3 de diciembre de 2021

VISTOS los presentes autos, la Sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, constituida

por los Ilmos. Sres:

Presidente.

Magistrados.

ANTECEDENTES DE HECHO

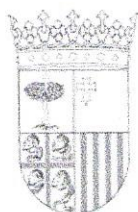
PRIMERO.- La asociación ELEUTERIA, a través de la representación de la Procuradora ; formuló, mediante otrosí a su

Firmado por:

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

Fecha: 03/12/2021 12:00

CSV: 5029733001-8f02a6cbd0cd082fcd1205f23ab12b95YJvNA==



COMUNIDAD AUTONOMA DE ARAGON



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo, solicitud de suspensión cautelar inaudita parte de la Orden SAN/1561/2021, de 23 de noviembre, por la que se adoptan medidas específicas para el control de la pandemia COVID-19 en Aragón, consistentes en la implantación obligatoria de la exhibición de "pasaporte" COVID para el acceso a determinados establecimientos públicos de ocio y restauración y eventos multitudinarios.

SEGUNDO.- Por Auto de este Tribunal de 26 de noviembre de 2021 no se accedió a acordar la medida cautelarísima solicitada, y se dio traslado a la Administración demandada y al Ministerio Fiscal hasta las 24'00 horas del día primero de diciembre, para que alegaran lo que a Derecho conviniera, sobre la adopción o no adopción de la medida de la medida solicitada.

TERCERO.- Evacuado traslado por la Letrada del Gobierno de Aragón, en los términos que constan en autos, así como por el Ministerio Fiscal, mediante diligencia de ordenación de 2 de diciembre de 2021, pasaron las actuaciones al ponente para resolver sobre la adopción o no de la medida solicitada cautelarísimamente.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La Orden recurrida establece

Artículo cuarto. Requerimiento de certificado COVID.

1. Los titulares o responsables de establecimientos, actividades o espectáculos o eventos, deberán requerir para la participación o el acceso a los mismos la acreditación de alguna de las circunstancias siguientes:

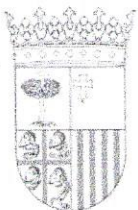
a) haber recibido la pauta completa de vacunación COVID-19, habiendo transcurrido, por lo menos, 14 días desde la última dosis de ella;

Firmado por:

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

Fecha: 03/12/2021 12:00

CSV: 5029733001-8f02a6cbd0ad082fcd1205123ab12b95YJvHAA==



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



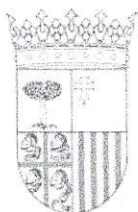
ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Firmado por:

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

Fecha: 03/12/2021 12:00

CSV: 5029733001-8f02a66bb0cd082cd1205f23ab12b95YJvthAA==



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

b) haberse recuperado de la infección por SARS-CoV-2 diagnosticada y encontrarse en el periodo comprendido entre el día 11 y el 180, ambos inclusive, después de prueba diagnóstica positiva;

o c) disponer de una prueba diagnóstica de infección activa negativa realizada por profesionales sanitarios en centros o establecimientos autorizados (en las últimas 72 horas en caso de PCR o 48 horas en caso de test rápido de antígenos). Dicha acreditación no será exigible a los menores de 12 años.

2. La acreditación requerida en el apartado anterior será exigida en los supuestos siguientes:

a) En los establecimientos de ocio nocturno (salas de fiestas, discotecas, pub, salas de baile y salas de conciertos y asimilados).

b) En las celebraciones nupciales, comuniones, bautizos, confirmaciones y otras celebraciones sociales, familiares, religiosas o civiles, que puedan tener lugar en establecimientos de hostelería y restauración.

c) En los eventos de cualquier naturaleza que reúnan a más de quinientos asistentes en lugar cerrado o mil asistentes en espacio abierto.

3. A efectos de lo establecido en este artículo, la exhibición de la información requerida solo podrá ser solicitada en el momento de acceso al establecimiento o recinto. No se conservarán estos datos ni se crearán ficheros con ellos.

Artículo quinto.

Autorización para eventos multitudinarios. Sin perjuicio de la exigencia establecida en el artículo anterior, en los eventos multitudinarios en que la previsión máxima de participación de asistentes sea superior a quinientas personas en lugar cerrado o mil personas en espacio abierto, los organizadores del evento deberán elaborar un plan de actuación en el que se contengan las medidas de prevención y control de la COVID-19, y su celebración quedará sujeta a la oportuna autorización, que a la vista de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

la evaluación realizada, corresponderá otorgar al servicio provincial competente del departamento responsable en materia de salud. Dicha autorización podrá comprender uno o varios eventos reiterados de las mismas características y riesgos.

Alega la entidad recurrente que la Orden impugnada y su publicación infringe el principio de legalidad y de jerarquía normativa, seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y ello porque se efectúa obviando el procedimiento establecido al efecto en el artículo 10.8 de la LJCA. Por otra parte, se sostiene por la asociación impugnante que no se cumple el triple juicio de proporcionalidad de la medida que se impone como obligatoria, atendidos los derechos fundamentales que se ven comprometidos –artículos 14, 10 y 15, 16 y 18, todos ellos de la C.e.- tratándose de una orden que tiene el efecto de incentivar la vacunación en grupos que todavía no lo han solicitado y que las pruebas PCR no son eficaces.

En contestación a lo solicitado, la Administración demandada alegó, en esencia, que el artículo 15.2 de la Ley 3/2020, de 3 de diciembre, ampara y da cobertura legal a la Orden impugnada; por otra parte, dice, la providencia de la Sala por la que se da traslado para alegaciones permite opciones a la Administración diferentes a la vía del artículo 10.8 de la LJCA para evitar “bloqueos” en la actuación de la Administración Pública. En definitiva, viene a decir que no existe en este supuesto vía de hecho, contra lo alegado de contrario. En segundo lugar, viene a decir que la medida que se introduce en la Orden impugnada cumple el triple juicio de proporcionalidad, a lo que añade, en tercer lugar, que no se alega perjuicio irreparable alguno derivado de la ejecución de la medida, más allá de la propia vulneración de derecho fundamental alegada y que sirve de fundamento a la impugnación misma, lo cual supondría, de resolver en pos de la suspensión, anticipar el juicio de fondo.

El Ministerio Fiscal, por su parte, interesa la suspensión de la efectividad de la Orden impugnada, alegando, en esencia, que se incurre en vía de hecho, dado que el artículo 15.2 de la Ley 3/2020, de 3 de diciembre no ofrece cobertura legal suficiente a la misma, siendo necesaria la autorización judicial para la entrada en vigor y efectividad de la misma.

Firmado por:

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

Fecha: 03/12/2021 12:00

CSV: 502973001-8f02a6cb0d082fcd1205f23ab12b95fJvHA==



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



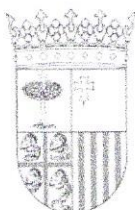
ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

Fecha: 03/12/2021 12:00

CSV: 5029733001-8f02a6cbd0dd82fcd1205f23ab12b95YJvHAA==



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

SEGUNDO.- Previamente a resolver sobre las diversas cuestiones que se plantean, será oportuno desgranar el contenido de la medida que establece la Orden impugnada, su motivación, conforme a la exposición de motivos que la precede y, en definitiva, las implicaciones que la efectividad de la misma conlleva.

La Orden impugnada impone a los titulares o responsables de establecimientos de hostelería, restauración y ocio nocturno, así como a los organizadores de eventos de toda naturaleza, a partir de quinientos asistentes en interior y mil en exterior, el deber de requerir a todo ciudadano que pretenda acceder a una sala de fiestas, una discoteca, pub, sala de baile o sala de conciertos o asimilados, así como a todo aquel que pretenda asistir a celebraciones nupciales, comuniones, bautizos, confirmaciones y demás celebraciones sociales, familiares, religiosas o civiles, en el interior de este tipo de establecimientos, así como a todo asistente a un evento de los referidos con anterioridad, la acreditación de hallarse debidamente vacunado contra el COVID-19 y que ha transcurrido al menos 14 días desde la última dosis; o que, habiendo pasado la enfermedad, se encuentra recuperado de la misma, entre el día 11 y 180 desde el positivo en la prueba diagnóstica efectuada; o, en fin, estar en posesión de PCR negativo efectuado en las últimas 72 horas, o de test rápido de antígenos en las últimas 48 horas.

Se indica que la exhibición de información sólo puede ser solicitada en el momento de acceso al establecimiento o recinto, sin que sea permisible el tratamiento de los mismos, por medio de su conservación o mediante creación de ficheros. Del mismo modo, excluye de la acreditación de tales condiciones a los menores de doce años.

La medida se establece en la totalidad del territorio de la comunidad autónoma y hasta la declaración de finalización de la situación de crisis sanitaria por el Gobierno de España, sin perjuicio de que según la evolución de la situación, pueda ser revisada la exigibilidad de las medidas establecidas, en aplicación de la Ley 3/20, de 3 de diciembre –autonómica-



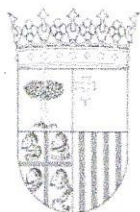
ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Firmado por:

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

Fecha: 03/12/2021 12:00

CSV: 5029733001-8f02a6cbdd082fcd1205f23ab12b65YJvhAA==



COMUNIDAD AUTONOMA
DE ARAGON

En cuanto a la motivación que se desprende de la exposición de motivos de la orden, o del preámbulo que justifica la imposición de la medida ahora discutida, refiere a la necesidad de hacer frente a un aumento en la positividad de las pruebas diagnósticas, así como de hospitalización, ofreciendo un análisis del que infiere la administración un previsible incremento en la afectación que determine repercutiendo en el sistema sanitario, sin ofrecer dato alguno de predictibilidad. Se ofrece esta medida como idónea para disminuir la transmisibilidad al tiempo que limita lo menos posible la movilidad social y actividades a las que la población se ha acostumbrado, a partir de unos datos elevados de vacunación que han podido generar una falsa apariencia de seguridad a la población en general. Identifica la actividad de ocio nocturno, las celebraciones familiares de todo tipo y los grandes eventos, como actividades de riesgo, pese al alto índice de vacunación existente y considera que el pasaporte COVID es idóneo para el fin que se persigue, resultando adecuada y acorde con las exigencia derivadas de protección de la salud, porque se refiere a locales o actividades donde la entrada o participación es voluntaria y no se realizan actividades esenciales obligatorias. Descarta discriminación o vulneración del principio de igualdad, pues se trata de asegurar la presencia en tales establecimientos o actividades de personas vacunadas y libres de presencia de virus.

TERCERO.- Dicho lo anterior, y continuando con el hilo razonador que al inicio del anterior fundamento exponíamos, para entrar inmediatamente a tratar y resolver la primera cuestión que tanto la recurrente como el Ministerio Fiscal planteaban en sus respectivos escritos, la medida cuya implantación se pretende por la Administración contiene una doble componente. En primer lugar, positiva e inmediatamente, supone un mandato a los titulares de determinados establecimientos, a través del cual se trata de lograr un ejercicio seguro de una determinada actividad, desde el momento en que se trata de garantizar que nadie de los que en un determinado establecimiento o local o celebración estén en disposición de padecer la enfermedad. Se trataría de asegurar que ningún usuario de estos establecimientos o asistente a



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

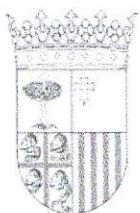
Fecha: 03/12/2021 12:00

CSV: 5029733001-8f02a66bd0dd082fcd1205f23ab12b95YJvhAA==

tales celebraciones padece la enfermedad, sea porque está vacunado, y por tanto y en teoría inmunizado, sea porque ha dado negativo en las correspondientes pruebas diagnósticas. Es una medida cuya observancia y cumplimiento se impone a los titulares de este tipo de establecimientos, como condición para el ejercicio seguro de una actividad que se considera de riesgo. En segundo lugar, negativa y mediatamente, supone un el cierre a todos aquellos que no se han vacunado o han dado positivo en pruebas diagnósticas, con indudable afectación – de mayor o menor intensidad, lo cual es cuestión distinta- al ámbito de determinados derechos fundamentales de los concretos usuarios de los establecimientos o participantes en la actividades afectadas, pues así lo ha declarado en varias ocasiones la Sala Tercera del Tribunal supremo, como antes también diversas Salas de lo contencioso-administrativo de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia que han tenido que conocer de cuestiones similares, por la vía del artículo 10.8 de la LJCA.

Lo anterior hace que, ahora, no apreciamos la presencia de vía de hecho en la actuación de la Administración, por dos motivos. En primer lugar, porque habiendo discutido, como lo hemos hecho y mantenemos, la constitucionalidad del artículo 10.8 de la LJCA, no parece que sea adecuado desenlace ahora que concluyamos en que no se siguió el procedimiento adecuado para que la Orden impugnada opere con plena efectividad. En segundo lugar, porque estamos en presencia de una medida regulatoria del ejercicio de una actividad económica -sin perjuicio de la indudable afección a espacios individuales de libertad-, que consideramos que puede tener encuadre en la Ley 14/1986, General de Sanidad –artículos 26 a 28-, Ley 33/2011 de Salud Pública –artículos 54 y siguientes-, estatales ambas, así como en las Leyes 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón –artículo 38-, y 5/2014, de 26 de junio, de Salud Pública de Aragón. Consiguientemente, no apreciamos los motivos alegados por la entidad recurrente y el Ministerio Fiscal para acceder a la suspensión de la Orden impugnada.

Tampoco dicho desenlace debe entenderse como convalidación o ratificación posterior de una decisión no sometida a autorización, pues el análisis de la medida se efectuará desde parámetros estrictamente sujetos





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

a la dinámica propia de la tutela cautelar, que difiere a nuestro juicio de la propia de las autorizaciones del artículo 10.8 de la LJCA.

CUARTO.- Dicho lo anterior, lo primero que hemos de advertir es que la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no mantuvo en sede de tutela cautelar las previsiones que especialmente se contenía en la Ley 62/1978, en su artículo séptimo. Cuatro, que contemplaba que toda impugnación de acto administrativo por procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, cuando llevaba asociada petición de tutela cautelar, determinaba automáticamente, la suspensión de la eficacia del acto impugnado, salvo que se acreditara la existencia o posibilidad de un perjuicio grave para el interés general. Efectivamente, los artículos 114 y siguientes de la LJCA sujetan este tipo de impugnaciones al régimen general de la tutela cautelar, contenida en los artículos 129 y siguientes de la Ley procesal, donde no se establece precepto similar al previsto en el artículo 7. Cuatro de la Ley 62/1978.

Así pues, situados en el cauce habitual de dispensa de la tutela cautelar, reiteradamente se ha pronunciado la Jurisprudencia en torno a la misma, como parte consustancial de la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, ha considerado que en el ámbito de nuestra jurisdicción, se revela como presupuesto esencial de la tutela cautelar la preservación de la efectividad de la sentencia que en su día deba recaer en los autos principales, o, lo que es lo mismo, el aseguramiento de la finalidad del recurso.

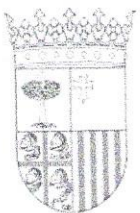
Es dudoso que conforme a lo dispuesto en los artículos 40.1 de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón, en la redacción que ofrece la Ley 4/2021, de 29 de junio, de modificación de la anterior, en combinación con lo dispuesto en el artículo 60.2 b') de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón y 14.2 a) de la Ley 5/2014, de 26 de junio, de Salud Pública de Aragón, la disposición en cuestión revista naturaleza reglamentaria, dicho sea a los efectos a los que alude la Administración, y la propia Orden, derivados de la invocación del artículo 15.2 de la Ley 3/2020, de 3 de diciembre.

Firmado por:

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

Fecha: 03/12/2021 12:00

CSV: 5029733001-8f02a6cbd0d082fcd1205f23ab12b95YJvHA==



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



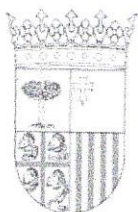
ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

Fecha: 03/12/2021 12:00

CSV: 5029733001-8f02a6cb0d082fcd1205f23ab12b95YvvhAA==



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

Sea como fuere, habida cuenta lo dicho en el fundamento de derecho anterior, la cuestión habrá de conducirse conforme al criterio habitual seguido en supuestos de tutela cautelar, sin perjuicio de que, aun tomando en consideración una potencial naturaleza reglamentaria de la Orden en cuestión, ello no supondría obstáculo a la posibilidad de suspensión de la efectividad de la misma en caso de que así se apreciara, sin perjuicio de la exigencia de un plus de motivación o de la necesidad de una reforzada concurrencia de los presupuestos habilitadores de la tutela cautelar en estos casos, tal y como se desprende de reiterada doctrina de la Sala Tercera, mereciendo reseñar por todos el auto de 28 de junio de 2021, de la sección 2ª, recurso 170/2021, que se pronuncia de manera clara en ese sentido.

Así pues, de manera muy sistemática y completa se pronuncia la Sala Tercera en su sentencia, de la sección 5ª de 17 de julio de 2018, rec.1808/2017, en su fundamento de derecho séptimo, sobre los presupuestos de la tutela cautelar.

En cuanto al presupuesto de apariencia de buen derecho, la Sala Tercera del Tribunal Supremo lo ha descartado como presupuesto de tutela cautelar, al menos en términos generales y salvo concretas excepciones. Y así en la sentencia de la sección 3ª de esa Sala, de 7 de mayo de 2013, (rec. nº 2736/12), se ha declarado lo siguiente: *“limitarse su aplicación -además de la tradicional prudencia que ha de presidir su uso en todo caso- a supuestos muy concretos, como los actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, cuando una sentencia anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme, y, en fin, los casos de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia que la Administración se resiste a aplicar.”*

En este sentido, no estará de más traer aquí lo que la Sala Tercera ha dicho literalmente en su sentencia de 9 de octubre de 2009 (sec. 4ª, rec. nº 311/2008), y, así, se pronunciaba sobre la cuestión con el siguiente tenor: *“QUINTO.- (...)*

...recordábamos nuestra constante doctrina acerca (sic) sobre que (sic) el vigente ordenamiento parte del principio de eficacia de la actividad



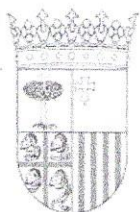
ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Firmado por:

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

Fecha: 03/12/2021 12:00

CSV: 5029733001-8f02a6cbdd0d082fcd1205f23ab12b65YJvhAA==



COMUNIDAD AUTONOMA
DE ARAGON

administrativa, artículo 103.1 de la C.e., y del principio de presunción de validez de la actuación administrativa, artículo 57 de la LRJAPAC, Ley 30/92, de 26 de noviembre.

Establece el artículo 129 LJCA 1998 la posibilidad de interesar la adopción de medidas cautelares para luego declarar el artículo 130 "1 . 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 pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso. 2 . 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".

El mencionado precepto supone la plasmación legal de una consolidada doctrina jurisprudencial y del Tribunal Constitucional de la que es conveniente destacar algunos de los aspectos más relevantes en orden a pronunciarse sobre el motivo.

Resulta oportuno anticipar que aunque el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa recogía explícitamente el criterio de la apariencia de buen derecho, fue suprimido en trámite parlamentario sin que alcanzara el rango de precepto positivizado aunque, posteriormente, se plasmara en la LEC 1/2000, cuyo artículo 728, reza "peligro por mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caución". Y se seguía diciendo: "Es constante el criterio de este Tribunal acerca de que "la suspensión de la ejecutividad de los actos recurridos es una medida provisional establecida para garantizar la efectividad de la sentencia que en su día pueda recaer en el proceso principal" (Sentencia de este Tribunal de 21 de octubre de 2004, recurso de casación 1723/2002 con mención de otras anteriores).

En esa misma línea se decanta el Tribunal Constitucional al sostener que no cabe prejuzgar el fondo del asunto por lo que son ajenas al incidente cautelar las cuestiones que corresponde resolver al proceso principal (STC 148/1993, 29 de abril, ATS 22 de octubre de 2002).

La posibilidad de que la nulidad de pleno derecho pueda operar para justificar la suspensión está condicionada a que "de una manera



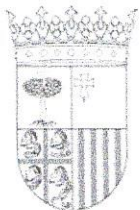
ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

Fecha: 03/12/2021 12:00

CSV: 5029733001-8f02a6cbbd08d082fcd1205f23ab12b95YJvHAA==



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

terminante, clara y ostensible se aprecie la concurrencia de una de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en nuestro ordenamiento" (sentencia de 21 de octubre de 2004, recurso de casación 1723/2002, reproduciendo múltiples autos y sentencias anteriores en la misma línea). Es obvio que la virtualidad de tal doctrina es escasa al no ser el incidente de suspensión el trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito que ha de resolverse en el proceso principal. Mas puede haber el caso de que, con anterioridad a la adopción de la medida cautelar cuestionada el órgano jurisdiccional se hubiere pronunciado, en otros pleitos, sobre la invalidez del acto cuestionado (STS de 13 de junio de 2007, recurso de casación 1337/2005)."

Afirmándose en la de 31 de enero de 2014 por el Alto Tribunal que *"al momento presente el criterio del fumus boni iuris carece en la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de base normativa positiva; ello no obsta a que jurisprudencialmente se haya admitido su aplicación, si bien con un criterio restrictivo que lo reduce a supuestos muy específicos en los que se puede apreciar dicho criterio sin avanzar indebidamente un criterio sobre el fondo, como pueden serlo supuestos de previa declaración de nulidad de disposiciones generales, sentencias firmes en supuestos análogos o casos análogos. Ahora bien, sin que puedan hacerse afirmaciones generales en cuestiones forzosamente de naturaleza casuista, difícilmente puede aplicarse el criterio de la apariencia de buen derecho en supuestos en los que lo que habría que valorar son precisamente las cuestiones que han de dilucidarse con el fondo del litigio".*

Pues bien, entrar a examinar la apariencia de buen derecho de la pretensión de la recurrente, impone en realidad un examen sobre la legalidad del acuerdo o resolución impugnado, o, lo que es lo mismo, en definitiva, anticipar un juicio sobre el fondo de la cuestión, tarea o faceta ésta que nos está en este momento vedada en absoluto, siendo que no parece concurrir en este caso ninguno de los presupuestos que permiten su apreciación conforme a los términos antes relatados.

Menos cuando de procedimiento para la protección de derechos fundamentales se trata, caracterizado por una mayor agilidad en los plazos, que permite un desenlace definitivo más pronto sobre la cuestión,



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por:

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

Fecha: 03/12/2021 12:00

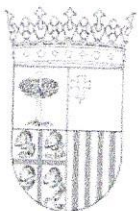
CSV: 5029733001-8f02a6cb0d0d032fcd1205f23ab12b95YJvhAA==

cuando la justificación de la medida de suspensión descansa exclusivamente en la lesión de derechos fundamentales que es la cuestión de fondo propiamente dicha.

QUINTO.- En punto al presupuesto relativo al peligro derivado de la mora procesal, y a la necesaria ponderación de intereses contrapuestos que impone la decisión de este trámite, criterios y elemento ambos complementarios, como tiene reiteradamente dicho la Sala Tercera, diremos que el Tribunal Supremo, en su sentencia antes citada de 9 de octubre de 2009, también dijo lo siguiente: *"Respecto a la justicia cautelar el máximo intérprete constitucional ha dicho forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 115/87, 7 de julio, 238/92, 17 diciembre, 148/93, 29 de abril), ya que "la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso". Sucede, en consecuencia, que "la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue" (STC 148/93, 29 de abril).*

Posición que asimismo ha mantenido este Tribunal al declarar que "la necesidad de atenerse a la singularidad de cada caso debatido por las circunstancias concurrentes en el mismo, lo que implica, desde luego un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes" (Autos de este Tribunal de 23 de enero de 1990, 8 de octubre de 1991, 31 de octubre de 1994). Por ello, "el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una detallada y circunstanciada motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción, o no, de la medida cautelar solicitada" (STS 6 de febrero de 2007, recurso de casación 6632/2004).

Y la Sentencia de 20 de mayo de 2009, recurso de casación 690/2008, con cita de otras anteriores reitera que "la pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para





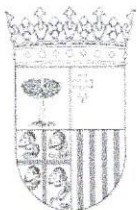
ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Firmado por:

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

Fecha: 03/12/2021 12:00

CSV: 5029733001-8f02a6cbbd0d082fcd1205f23ab12b95YJvhAA==



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

evitarla en el caso en concreto, valorando, para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto". También se ha reiterado que "con la medida cautelar se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil" (Sentencia de 10 de octubre de 2006, recurso de casación 5372/2004).".

Y a lo anterior debe añadirse que el Tribunal Supremo (sentencia de 24 de abril de 2013, sec. 7ª, rec. nº 270/2012) ha dicho que "1.-El elemento determinante para la adopción de la medida cautelar no es el eventual perjuicio actual que pueda causar la ejecución del acto administrativo, sino el hecho de que ese perjuicio no pueda ser reparado si al final del proceso se dicta una sentencia estimatoria que anule dicho acto recurrido, pues esta irreparabilidad es la que impediría que el proceso no consiguiera su finalidad legítima (así lo tiene declarado este Tribunal Supremo, por todas, en Sentencia de fecha 8 de noviembre de 2012, Recurso de Casación núm. 6806/2009 , FJ. 9º).

2.- El juicio valorativo acerca de la legalidad del acto administrativo recurrido no corresponde hacerlo a la Sala en este momento procesal, pues debe evitar prejuzgar el fondo del asunto sin tener todavía un conocimiento completo de todos los datos y circunstancias sobre los que habrá de versar el enjuiciamiento del litigio."

SEXTO.- Expuesto cuanto antecede y atendido el modo de planteamiento de la petición de tutela cautelar que se realiza por la recurrente, descartada ahora, atendida la doctrina jurisprudencial conformada sobre el particular, la potencial concurrencia del presupuesto relativo a la apariencia de buen derecho, habida cuenta los exiguos términos que permiten su apreciación, nos abstendremos de resolver o realizar reflexión alguna sobre cuestión que pudiera formar parte del fondo de la controversia suscitada, evitando así todo posible perjuicio o consideración anticipada.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

Fecha: 03/12/2021 12:00

CSV: 5029733001-8f02a6cbcd0d082fcd1205f23ab12b95YJvlnAA==



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

Ahora bien, que no debamos adentrarnos en terrenos próximos a un enjuiciamiento de fondo, y que, como antes hemos dicho, los artículos 129 y 130 de la LJCA, el régimen regulador de la tutela cautelar en la LJCA no haya acogido finalmente el contenido del artículo 7. Cuatro de la Ley 62/1978, no quiere decir que no debamos partir ahora, en el momento de efectuar el necesario juicio de ponderación que se nos exige a la hora de afrontar el segundo de los presupuestos de la tutela cautelar, el riesgo derivado de la tardanza en resolver, de la premisa fundamental de que la defensa de los derechos fundamentales debe erigirse en supremo interés general de la Administración en su actuación, y que ello debe apuntar hacia la suspensión de la eficacia de una medida que, en varias ocasiones ya, la Sala Tercera ha considerado, siquiera sea en un estadio muy inicial de valoración y apreciación, de impacto en el ámbito de determinados derechos fundamentales, concretamente, los de igualdad e intimidad, denunciados como vulnerados por la entidad recurrente; y es que, tal vez, la suspensión de la eficacia del acto que se percibe siquiera sea indiciariamente como afectante a determinados derechos fundamentales, es la medida más adecuada para asegurar la efectividad de una potencial sentencia estimatoria del recurso que, para cuando se haya dictado, aun en plazos más breves de los ordinarios de resolución, no habrá podido evitar una vulneración de derecho fundamental acaecida desde el primer momento, haciendo de este modo el daño causado, si bien que acotado en el tiempo, de imposible reparación. Es precisamente este potencial desenlace estimatorio del recurso, que siempre va a carecer de efectos sanadores de la lesión infligida en el derecho fundamental afectado, lo que impone la necesidad, *prima facie*, de suspender la eficacia del acto administrativo impugnado –o de la disposición reglamentaria- de que se trate, desde el primer momento, y más cuando ya contamos con algunos pronunciamientos tanto de la Sala Tercera –por todas, las sentencias de 18 de agosto y de 14 de septiembre de 2021, que con mayor o menor intensidad, dan por afectados tales derechos fundamentales-, como de otras Salas de lo Contencioso-Administrativo que se han pronunciado sobre la indudable afectación de esta medida en ciertos Derechos Fundamentales.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Firmado por

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

Fecha: 03/12/2021 12:00

CSV: 5029733001-8f02a6ebcd0dd082fcd1205f23ab12b95YJvhAA==



COMUNIDAD AUTONOMA
DE ARAGON

Se trata en este punto, y para evitar la adopción de la medida cautelar interesada, de constatar si ha llegado a acreditarse, siquiera sea indiciariamente o en grado suficiente, que la adopción de la misma puede acarrear un perjuicio grave para el interés general.

Es en este momento cuando ha de entrar en juego el triple juicio de proporcionalidad –necesidad, idoneidad y proporcionalidad- que ha de efectuarse, de conformidad con los artículos 26 y 28 de la Ley 14/1986 y 38.2 de la Ley 6/2002 autonómica-, y desde la perspectiva del principio de precaución.

Y en punto a la ponderación de intereses en conflicto en el presente caso, diremos que, *prima facie*, y sin perjuicio del ulterior y definitivo desenlace de la cuestión en el pleito principal, la medida adoptada parece responder al ejercicio de determinada actividad que se considera de riesgo por la Administración en términos de seguridad sanitaria, al permitir conocer que todos los usuarios se encuentran, o bien vacunados, o bien *limpios* de virus al tiempo de acceder al establecimiento o de participar en la actividad de ocio, o evento de que se trate –la Sala en principio no encuentra datos que permitan llegar a una conclusión diferente-.

La Orden establece tres escenarios en los que ha de aplicarse la obligatoriedad del pasaporte COVID. Respecto de la denominada actividad de ocio nocturno (art. 4.2.a), ha sido convalidada la aplicación de esta medida –en unos términos idénticos a la aquí aplicada- por la STS ya indicada de 14 de septiembre de 2021, así como la STS de 1 de diciembre de 2021, que indica: (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 n.º 1112/2021, de 14 de septiembre, sin afectar a otros de manera apreciable*. Razonamiento que asumimos a los exclusivos efectos de esta decisión cautelar.



Firmado por:

Doc. garantizado con firma electrónica. URL: <https://pspj.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

Fecha: 03/12/2021 12:00

CSV: 5029733001-8f02a6cbdd0d082fed1205f23ab12b95YJvhAA==



Tampoco la medida de exigencia del pasaporte en eventos multitudinarios (art. 4.2.c) ha sido objeto de especial impugnación por la recurrente en cuanto a afectación de derechos fundamentales y está sometida a una autorización especial en el art. quinto de la Orden que ni siquiera ha sido solicitada su suspensión, por lo que en la medida en que participa de las características del ocio nocturno, tampoco consideramos deba ser objeto de suspensión por los mismos motivos que indicaba el TS en la Sentencia aludida.

Sin embargo, la medida relativa a la exigencia de pasaporte COVID, en cualquier reunión (art. 4.2.b) de las allí descritas en establecimiento de hostelería y restauración, adolece de tal inconcreción y se aparta de cualquier parámetro objetivo para su exigencia que la hace "in actu oculi" merecedora de la suspensión que aquí se solicita, por los siguientes motivos.

En primer lugar y de forma más preponderante, no parece que se atenga a la reiterada justificación del Gobierno de Aragón, de limitar esta medida a las grandes reuniones de personas, pues afecta a cualquier reunión, con independencia del número de asistentes.

En segundo lugar, no se entiende porque la Administración se ha separado de un módulo objetivo, como puede ser el número de personas reunidas, como se hacía con anterioridad, para imponer medidas restrictivas de derechos fundamentales, ni haga mención alguna a convivientes y no convivientes. Y ello, verbigracia, a diferencia de medidas análogas como las del País Vasco, que se imponen en establecimientos de más de 50 comensales.

En tercer lugar, al afectar decididamente al derecho de reunión, no se ha valorado su afcción a las reuniones familiares y sociales y al sesgo discriminatorio que puede desprenderse, al tener que declarar las personas que acuden a esa reunión, su decisión personal de no vacunación, en un ámbito de relación privada.

Tampoco aparece como proporcional. Para empezar, la proporcionalidad de la medida no se encuentra en que tenga un impacto menor que el cierre de los negocios, como pretende argumentar la Administración, por lo que



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

Fecha: 03/12/2021 12:00

CSV: 5029733001-8f02a6cbcd0d082fcd1205f23ab12b95YJvHAA==



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

se deduce del propio escrito de alegaciones de la Letrada del Gobierno de Aragón. Eso no es proporcionalidad en el sentido que establece el artículo 28 de la Ley General de Sanidad, sino que a lo sumo, es poner de manifiesto lo obvio de que una medida como la que se implanta en la Orden impugnada tiene menos impacto negativo en la actividad privada que un cierre de establecimiento. Proporcionalidad es otra cosa distinta. Proporcionalidad es la adecuación de una medida a la gravedad mayor o menor de la situación en que se aplica, en función del fin que se persigue, o lo que es lo mismo, y dicho llanamente, *que no sea peor el remedio que la enfermedad* o que la medida sirva para algo y no genere más perjuicio que beneficio crea.

En todo caso, y para la eficacia de la totalidad de la Orden recurrida, hemos de indicar que se antoja de absoluta desproporción que esta concreta medida se instaure por un período de vigencia tan general y amplio como el dejarlo a la declaración institucional de fin de pandemia, declaración que no responde a categoría que obedezca en su declaración o finalización a procedimiento ninguno, conforme a normativa ninguna, ni sanitaria, ni de seguridad nacional ni de protección civil. En definitiva, se establece con una extensión temporal tal, que puede tenerse por indefinida, y sin perjuicio de que conforme al artículo 19 de la ley 3/2020, decida unilateralmente la Administración otra cosa. Entendemos por ello que las medidas, en cualquier caso, no podrán tener una duración superior a la que diremos, que consideramos suficiente a los efectos aquí pretendidos.

Consecuencia de lo anterior, es

- 1) la adopción de la medida cautelar de suspensión del art. 4.2.b) de la orden impugnada.
- 2) las medidas dejarán de tener efecto a las 0 horas del día 8 de enero de 2021.

SÉPTIMO.- No procede hacer expresa condena en las costas de este incidente a ninguna de las partes.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

En atención a lo expuesto este Tribunal

ACUERDA

SE ACCEDE PARCIALMENTE a la medida cautelar solicitada por la entidad recurrente, adoptando las siguientes medidas cautelares:

- 1) Suspender cautelarmente la efectividad del art. 4.2.b) de la orden impugnada,
- 2) Las medidas acordadas en la Orden recurrida, dejarán de tener efecto a las 0 horas del día 8 de enero de 2021.
- 3) todo ello sin expreso pronunciamiento en las costas de este incidente.

MODO DE IMPUGNACIÓN

Recurso de **Reposición** en el plazo de **CINCO DÍAS** desde la notificación, que deberá ser interpuesto ante este mismo Órgano Judicial.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. anotados al margen.

Firmado por

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

Fecha: 03/12/2021 12:00

CSV: 5029733001-8f02a6cbb0d082fcd1205f23ab12b95YJvhAA==



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Firmado por:

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

Fecha: 03/12/2021 12:00

CSV: 5029733001-8f02a6bcb0dd082fcd1205f23ab12b95YJvhAA==

DILIGENCIA.- En Zaragoza, a 3 de diciembre de 2021

La extiendo yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia, para hacer constar que el anterior Auto queda unido a las actuaciones, y, una vez firmado electrónicamente, se procede a notificar a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de reposición ante la propia Sala, dentro del plazo de cinco días, **siendo necesario constituir un depósito de 25 euros en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Primera del Santander**, número **lebiendo** indicar en el campo concepto del Resguardo de ingreso "Recurso", Código 20, Tipo Reposición/Súplica, con el apercibimiento de no admitirse a trámite el recurso cuyo depósito no esté constituido, salvo las excepciones establecidas para las Administraciones Públicas y el Ministerio Fiscal. Doy fe.

La difusión del texto de este documento 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 este documento no podrán ser cedidos ni comunicados a terceros. Se le apercibe en este acto que podría incurrir en responsabilidad penal, civil o administrativa.



COMUNIDAD AUTONOMA
DE ARAGON