

- Expediente N.º: EXP202100777

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos y teniendo como base los siguientes:

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 5 de agosto de 2021, Don **A.A.A.** (en adelante, la parte reclamante) interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos. La reclamación se dirige contra la CONSELLERÍA DE SANIDAD DE GALICIA, con NIF S1511001H (en adelante, la parte reclamada).

Los motivos en que basa la reclamación son los siguientes:

“El DOG Núm. 139-Bis Jueves, 22 de julio de 2021 Pág. 37599. Indica que, para acceder al interior de los locales de hostelería, debe acreditarse estar vacunado, o haber pasado la enfermedad, o prueba diagnóstica. Considero no se respetan los derechos a la privacidad. ¿Podrían confirmarlo? gracias.”

SEGUNDO: Con fecha 7 de octubre de 2021, de conformidad con el artículo 65 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo LOPDGDD), se admitió a trámite la reclamación presentada por la parte reclamante.

TERCERO: La Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos en cuestión, en virtud de las funciones asignadas a las autoridades de control en el artículo 57.1 y de los poderes otorgados en el artículo 58.1 del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD), y de conformidad con lo establecido en el Título VII, Capítulo I, Sección segunda, de la LOPDGDD, teniendo conocimiento de los siguientes extremos: Estudiada la Orden objeto de reclamación, *“ORDEN de 22 de julio de 2021 por la que se prorroga y se modifica la Orden de 25 de junio de 2021, por la que se establecen medidas de prevención específicas como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada de la COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Galicia, y se modifica la Orden de 1 de julio de 2021 por la que se aprueba el Protocolo para la reactivación del ocio nocturno en el marco de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19”*, publicada en el DOG Núm. 139-Bis de 22 de julio de 2021; se destacan, por su relación con los hechos denunciados, algunos párrafos de la misma.

Así, la parte expositiva, contiene lo siguiente:

“III

Las medidas que se adoptan en esta orden tienen su fundamento normativo en el artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad; en los artículos

27.2 y 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, y en los artículos 34 a 38.1 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia.

Conforme al artículo 33 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, la persona titular de la Consellería de Sanidad tiene la condición de autoridad sanitaria, por lo que es competente para adoptar las medidas de prevención específicas para hacer frente al riesgo sanitario derivado de la situación epidemiológica existente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia, con la urgencia que la protección de la salud pública demanda.”

Asimismo, se resalta lo siguiente incluido en la parte dispositiva:

“Segundo. Modificación de la Orden de 25 de junio de 2021 por la que se establecen medidas de prevención específicas como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada de la COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Galicia

[...]

Cuatro. Se modifica el número 1 del punto 3.22 del anexo I de la Orden de 25 de junio de 2021 por la que se establecen medidas de prevención específicas como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada de la COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Galicia, que queda redactado como sigue:

«3.22. Hostelería y restauración

1. La prestación de servicios de hostelería y restauración en bares, cafeterías y restaurantes se ajustará a las siguientes reglas, en función de los datos epidemiológicos existentes en los correspondientes ayuntamientos:

a) En los ayuntamientos enumerados en la letra A del anexo II de la presente orden, los citados establecimientos podrán prestar servicios de recogida en el local y de consumo a domicilio, de entrega a domicilio, de terraza con el cincuenta por ciento del aforo máximo permitido en base a la correspondiente licencia municipal o del que sea autorizado para este año, en el caso de que la licencia sea concedida por primera vez, y también de servicio en el interior con una ocupación del treinta por ciento. No se podrá prestar servicio en la barra.

Para el consumo en el interior del local se requerirá a las personas mayores de 12 años la presentación de un certificado emitido por el servicio público de salud o, en el caso del ordinal 2º, por un laboratorio oficial autorizado, que acredite la concurrencia de cualquiera de las siguientes circunstancias:

1º. Que recibieron la pauta completa de una vacuna contra la COVID-19 para la cual se concedió una autorización de comercialización de conformidad con el Reglamento (CE) nº 726/2004.

2º. Que disponen de una prueba diagnóstica de infección activa (PDIA) negativa. En el caso de los tests rápidos de antígenos, deberán estar enumerados en la lista común y actualizada de tests rápidos de antígenos de la COVID-19 establecida sobre la base de la Recomendación nº 2021/C 24/01 del Consejo de Europa. La prueba debe ser realizada en las últimas 72 horas anteriores.

3º. Que el titular se recuperó de una infección por el SARS-CoV-2 diagnosticada y está en el período comprendido entre el día 11 y el 180, ambos incluidos, después de la PDIA positiva.

Asimismo, para acreditar la circunstancia del ordinal 2º, además de la presentación de un certificado, se admitirá la exhibición de la comunicación remitida por el servicio público de salud del resultado negativo de la PDIA realizada en las 72 horas anteriores.

A efectos de lo establecido en este punto, la exhibición de la información a que se refiere este solamente podrá ser solicitada en el momento de acceso. No se conservarán estos datos ni se crearán ficheros con ellos.

[...]

b) En los ayuntamientos enumerados en la letra B del anexo II de la presente orden, los establecimientos podrán prestar servicios de recogida en el local y de consumo a domicilio, de entrega a domicilio, de terraza con el cincuenta por ciento del aforo máximo permitido en base a la correspondiente licencia municipal o del que sea autorizado para este año, en el caso de que la licencia sea concedida por primera vez, y también de servicio en el interior con una ocupación del cincuenta por ciento. No se podrá prestar servicio en la barra.

Para el consumo en el interior del local se requerirá a las personas mayores de 12 años la presentación de un certificado emitido por el servicio público de salud o, en el caso del ordinal 2º, por un laboratorio oficial autorizado, que acredite la concurrencia de cualquiera de las siguientes circunstancias:

1º. Que recibieron la pauta completa de una vacuna contra la COVID-19 para la cual se concedió una autorización de comercialización de conformidad con el Reglamento (CE) nº 726/2004.

2º. Que disponen de una prueba diagnóstica de infección activa (PDIA) negativa. En el caso de los tests rápidos de antígenos, deberán estar enumerados en la lista común y actualizada de tests rápidos de antígenos de la COVID-19 establecida sobre la base de la Recomendación nº 2021/C 24/01 del Consejo de Europa. La prueba debe ser realizada en las últimas 72 horas anteriores.

3º. Que el titular se recuperó de una infección por el SARS-CoV-2 diagnosticada y está en el período comprendido entre el día 11 y el 180, ambos incluidos, después de la PDIA positiva.

Asimismo, para acreditar la circunstancia del ordinal 2º, además de la presentación de un certificado, se admitirá la exhibición de la comunicación remitida por el servicio público de salud del resultado negativo de la PDIA realizada en las 72 horas anteriores.

A efectos de lo establecido en este punto, la exhibición de la información a que se refiere este solamente podrá ser solicitada en el momento de acceso. No se conservarán estos datos ni se crearán ficheros con ellos.

[...]

Siete. Se modifica el apartado III.2.3.1 del punto 4.1 del anexo I de la Orden de 25 de junio de 2021 por la que se establecen medidas de prevención específicas como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada de la COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Galicia, que queda redactado como sigue:

«III.2.3.1. Parques de atracciones y temáticos.

[...]

Aquellos establecimientos que ofrezcan servicios de hostelería o restauración en sus instalaciones observarán las reglas establecidas en el punto 3.22 del anexo I para este tipo de servicios. [...]

Nueve. Se modifica el apartado III.2.7. del punto 4.1 del anexo I de la Orden de 25 de junio de 2021 por la que se establecen medidas de prevención específicas como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada de la COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Galicia, que queda redactado como sigue:

«III.2.7. Establecimientos de ocio y entretenimiento.

III.2.7.1. Salas de fiestas.

III.2.7.2. Discotecas.

III.2.7.3. Pubs.

III.2.7.4. Cafés-espectáculo.

[...]

2. En los ayuntamientos enumerados en las letras C y D del anexo II, estos establecimientos podrán desarrollar su actividad cumpliendo las siguientes medidas generales:

j) El acceso al interior de los locales requerirá de la presentación de un certificado emitido por el servicio público de salud o, en el caso del ordinal 2º, por un laboratorio oficial autorizado, que acredite la concurrencia de cualquiera de las siguientes circunstancias:

1º. Que recibieron la pauta completa de una vacuna contra la COVID-19 para la cual se concedió una autorización de comercialización de conformidad con el Reglamento (CE) nº 726/2004.

2º. Que disponen de una prueba diagnóstica de infección activa (PDIA) negativa. En el caso de los tests rápidos de antígenos, deberán estar enumerados en la lista común y actualizada de tests rápidos de antígenos de la COVID-19 establecida sobre la base de la Recomendación nº 2021/C 24/01 del Consejo de Europa. La prueba debe ser realizada en las últimas 72 horas anteriores.

3º. Que el titular se recuperó de una infección por el SARS-CoV-2 diagnosticada y está en el período comprendido entre el día 11 y el 180, ambos incluidos, después de la PDIA positiva.

Asimismo, para acreditar la circunstancia del ordinal 2º, además de la presentación de un certificado, se admitirá la exhibición de la comunicación remitida por el servicio público de salud del resultado negativo de la PDIA realizada en las 72 horas anteriores.

A efectos de lo establecido en este punto, la exhibición de la información a que se refiere este solamente podrá ser solicitada en el momento de acceso. No se conservarán estos datos ni se crearán ficheros con ellos.

[...]

Tercero. Modificación de la Orden de 1 de julio de 2021 por la que se aprueba

el Protocolo para la reactivación del ocio nocturno en el marco de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19

Se modifica el punto 4.1 de la Orden de 1 de julio de 2021 por la que se aprueba el Protocolo para la reactivación del ocio nocturno en el marco de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, que queda redactado como sigue:

«4.1. Nivel epidemiológico.

Los establecimientos de ocio nocturno podrán desarrollar su actividad tanto en el interior como en terraza en los ayuntamientos con nivel de restricción medio o medio-bajo recogidos en las letras C y D del anexo II de la Orden por la que se establecen medidas de prevención específicas como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada de la COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Galicia, vigente en cada momento.

El acceso al interior de los establecimientos de ocio nocturno en estos ayuntamientos requerirá de la presentación de un certificado emitido por el servicio público de salud o, en el caso del ordinal 2º, por un laboratorio oficial autorizado, que acredite la concurrencia de cualquiera de las siguientes circunstancias:

1º. Que recibieron la pauta completa de una vacuna contra la COVID-19 para la cual se concedió una autorización de comercialización de conformidad con el Reglamento (CE) nº 726/2004.

2º. Que disponen de una prueba diagnóstica de infección activa (PDIA) negativa. En el caso de los tests rápidos de antígenos, deberán estar enumerados en la lista común y actualizada de tests rápidos de antígenos de la COVID-19 establecida sobre la base de la Recomendación nº 2021/C 24/01 del Consejo de Europa. La prueba debe ser realizada en las últimas 72 horas anteriores.

3º. Que el titular se recuperó de una infección por el SARS-CoV-2 diagnosticada y está en el período comprendido entre el día 11 y el 180, ambos incluidos, después de la PDIA positiva.

Asimismo, para acreditar la circunstancia del ordinal 2º, además de la presentación de un certificado, se admitirá la exhibición de la comunicación remitida por el servicio público de salud del resultado negativo de la PDIA realizada en las 72 horas anteriores.

A efectos de lo establecido en este punto, la exhibición de la información a que se refiere este solamente podrá ser solicitada en el momento de acceso. No se conservarán estos datos ni se crearán ficheros con ellos

Cuarto. Eficacia

1. Las medidas previstas en esta orden tendrán efectos desde las 00.00 horas del día 24 de julio.”

Con fecha 10 de septiembre de 2021, la parte reclamada contesta a la solicitud de información realizada, indicando lo siguiente:

Que las medidas relativas a la presentación de evidencias relacionadas con la situación en relación con la COVID para la entrada en determinados tipos de

establecimientos contenidas en la Orden de 22 de julio se suspendieron y se procedió a la publicación de la Orden de 13 de agosto.

La Orden 13 de agosto incluye en su exposición de motivos lo siguiente al respecto:

“Asimismo, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en dos autos notificados el día 12 de agosto de 2021, que resuelven solicitudes de medidas cautelarísimas presentadas en recursos contencioso-administrativos presentados contra la Orden de 22 de julio de 2021 [...] deniega las medidas de suspensión solicitadas, pero, en sus fundamentos de derecho entiende que las medidas referidas a la obligación de presentar un certificado emitido por el Servicio Público de Salud que acredite las circunstancias que se apuntan en relación con la hostelería y restauración (vacunación, recuperación o prueba diagnóstica de infección activa negativa) requerirían de autorización judicial preceptiva conforme a lo dispuesto en la nueva redacción del artículo 10.8 de la LJCA dada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales organizativas para hacer frente al COVID-19, por considerarlas como medidas restrictivas de derechos. Por lo expuesto, el tribunal entiende que estas medidas carecen de vigencia en la Comunidad Autónoma de Galicia, por cuanto no se sometieron a autorización a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

La Administración autonómica consideró en su día que el contenido de estas medidas no precisaba de autorización judicial preceptiva al no limitar o restringir derechos fundamentales y basarse en el artículo 38.1 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia. Sin embargo, teniendo en cuenta el criterio manifestado en estos autos por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la Administración autonómica considera que lo procedente es solicitar, lo antes posible, dicha autorización, para evitar cualquier duda en relación con la vigencia y eficacia de la exigencia de estos certificados y fomentar, así, la seguridad jurídica.

[...]

De este modo, mientras no se pronuncie el Tribunal Superior de Justicia de Galicia sobre la autorización de la exigencia de dichos certificados, cuya solicitud se presentó en este mismo día, debe suspenderse expresamente, por razones de coherencia, la eficacia de las previsiones de la regulación vigente en las que se preveía la exigencia de estos certificados, y sustituir esta exigencia por una regulación transitoria y provisional.”

Además, la parte dispositiva dicta en el primer apartado que “Se suspende la exigencia de la exhibición de documentación para el acceso a determinados establecimientos prevista en los apartados 3.22, III.2.1 y III.2.7 del punto 4.1 del anexo I, de la Orden de 25 de junio de 2021 [...] así como en el apartado 4.1 del anexo de la Orden de 1 de julio de 2021”. En relación con la eficacia de la Orden 13 de agosto, el apartado séptimo expresa que “Las medidas previstas en esta orden tendrán efectos desde las 00.00 horas del día 14 de agosto.”

Igualmente señala que la suspensión de la medida se mantuvo en órdenes posteriores (cita la Orden 1 de Septiembre) y añade que “el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 97/2001 [sic] de 20 de agosto, se pronunció sobre la solicitud formulada por esta administración relativa a la autorización de las medidas, denegando la autoriza-

ción de las medidas consistentes en la exhibición de documentación para el acceso a determinados establecimientos previstas en la orden elaborada a estos efectos, por considerar que, si bien resultaban proporcionadas, no se acreditaba en grado suficiente su necesidad e idoneidad.”

No obstante, añade la parte reclamada que la resolución fue recurrida ante el Tribunal Supremo y resuelta por éste en la STS 3298/2021, la cual ratifica la Orden de 13 de agosto de 2013.

Con posterioridad a las fechas indicadas se han observado órdenes que imponen para la comunidad autónoma de Galicia la obligación de exhibición de certificados de vacunación, prueba diagnóstica negativa o superación de la enfermedad para el acceso a determinados tipos de establecimientos. Se recoge, a título ejemplificativo, la Orden de 14 de diciembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Competencia

De acuerdo con las funciones que el artículo 57.1 a), f) y h) del RGPD confiere a cada autoridad de control y según lo dispuesto en los artículos 47 y 48.1 de la LOPDGDD, es competente para resolver estas actuaciones de investigación la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

Asimismo, el artículo 63.2 de la LOPDGDD determina que: "Los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, en la presente ley orgánica, por las disposiciones reglamentarias dictadas en su desarrollo y, en cuanto no las contradigan, con carácter subsidiario, por las normas generales sobre los procedimientos administrativos."

II

El artículo 4 del RGPD, bajo la rúbrica "Definiciones", dispone lo siguiente:

"1) «datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona;

2) «tratamiento»: cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”.

7) «responsable del tratamiento» o «responsable»: la persona física o jurídica, autori-

dad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros”

Así, un primer aspecto a aclarar es el relativo a si hemos constatado el tratamiento de datos por parte de la parte reclamada o de los locales de restauración y hostelería objeto de la reclamación.

En el escrito presentado por la parte reclamante se indica que la parte reclamada ha publicado en el Diario Oficial de Galicia, nº 139 Bis, una Orden de fecha 22 de julio de 2021, de la Consellería de Sanidad donde se establece que para acceder a determinados locales de restauración y hostelería se exigirá la presentación de certificaciones o acreditaciones relacionadas con la situación personal de los clientes en relación con la vacunación del Covid o la prueba que indica que no se está contagiado en un determinado momento. El reclamante pregunta si dicha información puede vulnerar los derechos a la privacidad.

La Orden de 13 de agosto de 2021, en la parte dispositiva dicta en el primer apartado que *“Se suspende la exigencia de la exhibición de documentación para el acceso a determinados establecimientos prevista en los apartados 3.22, III.2.1 y III.2.7 del punto 4.1 del anexo I, de la Orden de 25 de junio de 2021 [...] así como en el apartado 4.1 del anexo de la Orden de 1 de julio de 2021”*. Igualmente, dicha Orden de 13 de agosto establece una serie de medidas respecto de las cuales, en su apartado séptimo expresa que *“Las medidas previstas en esta orden tendrán efectos desde las 00.00 horas del día 14 de agosto*

Por último, hay que poner de manifiesto que dicha Orden de 13 de agosto, fue ratificada mediante Sentencia del Tribunal Supremo 1112/2021, de 14 de septiembre, emitida en virtud del recurso de casación interpuesto por la Xunta de Galicia, contra el Auto de 20 de agosto de 2021, dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el procedimiento núm. 7559/2021, sobre ratificación de las medidas aprobadas por Orden, de 13 de agosto de 2021, del Consejero de Sanidad de la citada Xunta.

III Conclusión

Por lo tanto, en base a lo indicado en los párrafos anteriores, y al hecho de que no consta que los datos del reclamante, conforme a la información aportada en su reclamación, hayan sido tratados en virtud de la normativa descrita, no se han encontrado evidencias que acrediten la existencia de infracción en el ámbito competencial de la Agencia Española de Protección de Datos.

Así pues, de acuerdo con lo señalado, por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

PRIMERO: PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a Don **A.A.A.** y a la CONSELLERÍA DE SANIDAD DE GALICIA.

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa según lo preceptuado por el art. 114.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y de conformidad con lo establecido en los arts. 112 y 123 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución o directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 de la referida Ley.

940-110422

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos