

AUTO: 00230/2021

Equipo/usuario: FHV
PLAÇA DES MERCAT, 12
Correo electrónico: tsj.contencioso.palmademallorca@justicia.es
N.I.G.: 07040 33 3 2021 0000362
Procedimiento: SND AUTORIZACION/RATIFICACION MEDIDAS SANITARIAS 0000404 /2021 /
Sobre: SANIDAD Y SALUD PUBLICA
De LETRADO DE LA COMUNIDAD
ABOGADO LETRADO DE LA COMUNIDAD

SALA DE VACACIONES TSJ ILLES BALEARS

AUTO

Palma, a 26 de agosto de 2021.

Ilmas. Sras.

PRESIDENTA:

Dña. Carmen Frigola Castellón.

MAGISTRADAS:

Dña. Alicia Esther Ortuño Rodríguez

Dña. Felisa Vidal Mercadal

HECHOS

PRIMERO: La representación procesal de la CAIB el 24 de agosto de los corrientes ha presentado solicitud para que sean autorizadas judicialmente las medidas adoptadas en la sesión del Consell de Govern celebrada el 23 de agosto de 2021 para entrar en vigor, si fueren estas autorizadas, a partir de su publicación en el BOIB, estableciendo la duración de un mes. Esas medidas son las siguientes:

Primero Objeto

El presente Acuerdo tiene por objeto establecer las condiciones en las que pueden realizarse pruebas de detección del SARS-CoV-2 en el ámbito residencial de personas mayores y con discapacidad y las visitas y salidas en los centros de servicios sociales de tipo residencial, viviendas supervisadas para personas mayores, personas en situación de dependencia y personas con discapacidad, así como las condiciones en las que pueden desarrollarse determinados eventos sociales, deportivos y culturales que impliquen la asistencia de un gran número de personas, como medidas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención de la COVID-19, al amparo de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de

salud pública; de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad; de la Ley 5/2003, de 4 de abril, de salud de las Illes Balears; de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, modificada por el Decreto Ley 5/2021, de 7 de mayo, por el que se modifican la Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de salud pública de las Illes Balears, y el Decreto Ley 11/2020, de 10 de julio, por el que se establece un régimen sancionador específico para hacer frente a los incumplimientos de las disposiciones dictadas para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19.

Segundo Realización de pruebas de detección del SARS-CoV-2 en el ámbito residencial de personas mayores y con discapacidad.

Se realizará una prueba de diagnóstico de infección activa (PDIA) de detección del SARS CoV-2 de forma obligatoria en los siguientes casos:

a. Usuarios de nuevo ingreso en los centros residenciales. Siempre y cuando sea posible, la prueba se realizará con una antelación máxima de 72 horas al ingreso.

b. Trabajadores de nueva incorporación o que se incorporen de un periodo de permiso o vacaciones, independientemente de su estado de vacunación. Siempre y cuando sea posible, la prueba se realizará con una antelación máxima de 72 horas a la incorporación laboral.

c. Trabajadores no vacunados en centros residenciales. Estas pruebas serán tres semanales, de las que dos serán tipo PCR.

Las personas (usuarios y trabajadores) que hayan pasado la infección por COVID-19 estarán exentas de la realización de estas pruebas de cribado preventivo durante los 90 días siguientes al diagnóstico de infección.

Se realizarán cribados a los usuarios no vacunados de los centros residenciales con un porcentaje de vacunación inferior al 80%, tanto de usuarios como de trabajadores. La periodicidad de dichas pruebas se ajustará a una evaluación del riesgo que tenga en consideración la situación epidemiológica del territorio en el que se encuentre la residencia, la tipología y la situación sanitaria del centro.

Tercero Condiciones en las que pueden realizarse visitas y salidas a los servicios sociales de tipo residencial, viviendas supervisadas para personas mayores, personas en situación de dependencia y personas con discapacidad

1. Solo podrán realizar visitas a los servicios sociales de tipo residencial para personas mayores, personas en situación de dependencia y personas con discapacidad las personas mayores de 12 años que acrediten documentalmente que han recibido la pauta completa de vacunación, que han superado la COVID-19 dentro de los seis meses precedentes o bien que se han sometido a una prueba PCR con resultado negativo dentro de las 72 horas anteriores o un test rápido de antígenos con el mismo resultado dentro de las 48 horas anteriores a la visita.

En cuanto a las visitas de personas menores de 12 años, si estas no acreditan el cumplimiento de alguno de los requisitos anteriores, se recomienda que se controle especialmente el cumplimiento de las medidas de precaución y prevención del contagio en cuanto a distancias de seguridad, uso de mascarilla y ventilación de los espacios de visita.

2. En las salidas del centro, el residente o su tutor legal, familiar o referente del entorno afectivo que se haga cargo del cuidado de la persona firmará una declaración responsable con el compromiso de cumplir las medidas sanitarias vigentes durante todo el tiempo que dure la salida y que solo se relacionará con personas que si son mayores de 12 años puedan acreditar documentalmente que han recibido la pauta completa de vacunación, o bien que han superado la COVID-19 dentro de los seis meses precedentes o que se han sometido a una prueba PCR con resultado negativo dentro de las 72 horas anteriores a la visita o un test rápido de antígenos con el mismo resultado dentro de las 48 horas anteriores a la visita. En cuanto a los contactos con menores de 12 años, si no acreditan el cumplimiento de alguno de los requisitos anteriores, se recomienda que se controle

especialmente el cumplimiento de las medidas de precaución y prevención del contagio en cuanto a distancias de seguridad, uso de mascarilla y ventilación de los espacios donde se produzca el contacto.

Cuarto Condiciones en las que pueden desarrollarse las ceremonias y celebraciones nupciales, bautizos, comuniones y otras celebraciones similares

Podrán realizarse ceremonias y celebraciones nupciales, bautizos, comuniones y otras celebraciones similares en todo tipo de instalaciones o espacios, públicos o privados, tanto al aire libre como en espacios cerrados, con la asistencia de un máximo de 50 personas en espacios cerrados y de un máximo de 120 personas en espacios abiertos.

Las condiciones para realizar ceremonias y celebraciones nupciales, bautizos, comuniones y otras celebraciones similares con la asistencia de más de 120 personas en espacios exteriores o más de 50 personas en espacios interiores serán las siguientes:

a) No superar el número de 200 personas en espacios exteriores ni de 100 en espacios interiores, y en cualquier caso no exceder el 50 % del aforo máximo del establecimiento.

b) Las personas participantes mayores de 12 años cumplirán una de estas condiciones:

- Acreditar haber sido vacunadas con pauta completa.*
- Acreditar haberse sometido a una prueba de detección de infección activa tipo PCR, TMA o Prag con resultado negativo dentro de las 72 horas precedentes al evento en el caso de PCR y TMA o 48 horas precedentes al evento en el caso de Prag.*
- Acreditar mediante un certificado médico que han sufrido la enfermedad dentro de los seis meses anteriores.*

En estos casos, los organizadores del evento designarán a una persona como responsable COVID del evento, que recogerá la justificación por parte de los asistentes de la acreditación de cumplir alguna de estas condiciones y tenerla a disposición de la administración sanitaria o de la autoridad de control. Esta persona será asimismo responsable de poner a disposición de los asistentes la oportuna información en materia de normativa aplicable al evento y en materia de medidas de seguridad aplicables, así como de recoger los datos de contacto de los asistentes para garantizar una adecuada trazabilidad de eventuales brotes.

Quinto Condiciones en las que pueden realizarse competiciones deportivas y entrenos con la presencia de personas como públicos.

Podrán realizarse competiciones deportivas y entrenos con la presencia de personas con la asistencia de un máximo de 500 personas en instalaciones cubiertas y de un máximo de 2.500 personas en instalaciones descubiertas, en ambos casos con un 50 % de aforo máximo.

Las condiciones para realizar competiciones deportivas y entrenos con la presencia de personas con la asistencia de más de 500 personas en instalaciones cubiertas y más de 2.500 en instalaciones descubiertas serán las siguientes:

a) Que todos los asistentes como público puedan acreditar documentalmente que han recibido la pauta completa de vacunación, o bien que han superado la COVID-19 dentro de los 6 meses precedentes o, en última instancia, que se han sometido a una prueba PCR con resultado negativo dentro de las 72 horas anteriores o un test rápido de antígenos con el mismo resultado dentro de las 48 horas anteriores al evento.

b) Que no se supere el 50 % de aforo máximo de la instalación.

En estos casos, los organizadores designarán a una persona como responsable COVID del evento, que recogerá la justificación por parte de los asistentes de la acreditación de cumplir alguna de estas condiciones y tenerla a disposición de la administración sanitaria o de la autoridad de control. Esta persona será asimismo responsable de poner a disposición de los asistentes la oportuna información en materia de normativa aplicable al evento y en materia de medidas de seguridad aplicables, así como de recoger los datos de contacto de los asistentes para garantizar una adecuada trazabilidad de eventuales brotes.

Sexto Condiciones en las que pueden realizarse eventos y actividades en cines, teatros, auditorios, circos de carpa y espacios similares, así como en recintos al aire libre y en otros locales y establecimientos destinados a espectáculos públicos y actividades recreativas.

Podrán realizarse eventos y actividades en cines, teatros, auditorios, circos de carpa y espacios similares, así como en recintos al aire libre y en otros locales y establecimientos destinados a espectáculos públicos y actividades recreativas con la asistencia de un máximo de 500 personas en espacios cerrados y de un máximo de 2.500 personas en espacios al aire libre, en ambos casos con un 75 % de aforo máximo.

La asistencia como público a los eventos y actividades que se regulan en este apartado podrá ser de más de 500 personas en espacios cerrados y de más de 2.500 en espacios al aire libre en las siguientes condiciones:

a) No superar el número de 1.000 personas en espacios cerrados ni de 5.000 en espacios abiertos, y en cualquier caso no exceder el 75 % de aforo.

b) Los asistentes como público acreditarán documentalmente que han recibido la pauta completa de vacunación, o bien que han superado la COVID-19 dentro de los 6 meses precedentes o bien que se han sometido a una prueba PCR con resultado negativo dentro de las 72 horas anteriores o un test rápido de antígenos con el mismo resultado dentro de las 48 horas anteriores al evento o actividad.

En estos casos, los organizadores designarán a una persona como responsable COVID del evento, que recogerá la justificación por parte de los asistentes de la acreditación de cumplir alguna de estas condiciones y tenerla a disposición de la administración sanitaria o de la autoridad de control. Esta persona será asimismo responsable de poner a disposición de los asistentes la oportuna información en materia de normativa aplicable al evento y en materia de medidas de seguridad aplicables, así como de recoger los datos de contacto de los asistentes para garantizar una adecuada trazabilidad de eventuales brotes.”

En el punto 12 del citado Acuerdo se indica que, una vez autorizadas por el Tribunal Superior de Justicia, esas medidas se publicarán en el BOIB, siendo efectivas a partir de su publicación y tendrán la vigencia de un mes.

SEGUNDO: De la solicitud presentada se dio traslado al Ministerio Fiscal, el cual en fecha 25 de agosto ha presentado informe en el que concuerda con las medidas propuestas en el punto 2, excepto el párrafo *in fine*, todas ellas relativas a las pruebas de detección del SARS.COVID-2; también con las medidas del punto 3 que regulan las condiciones de las visitas y salidas de las personas residentes en centros de mayores. Pero rechaza, en cuanto inadecuadas y faltas de proporcionalidad, las medidas contenidas en los puntos cuarto, quinto y sexto, relativas a las bodas, bautizos y comuniones, así como referentes a las condiciones para la realización de espectáculos públicos deportivos y culturales, respectivamente.

TERCERO: Ha sido Magistrada ponente de la resolución Dña. Carmen Frigola Castellón.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Conforme dispone la Ley 29/1998 en su artículo 10-8, en la redacción dada por ley 3/2020 de 18/9/2020, es competencia de la Sala Contenciosa la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente.

SEGUNDO: La primera cuestión a la que daremos respuesta es el punto señalado en el antecedente de hecho primero de la solicitud planteada, el cual indica que el Acuerdo adoptado por el Consell de Govern de les Illes Balears el día 23 de agosto de 2021, que se somete a autorización judicial, *“tiene por objeto establecer ex novo o en sustitución de las medidas ya establecidas en su día en el anexo del previo Acuerdo del Consell de Govern de 2 de agosto de 2021 que había venido a modificar determinados aspectos del Plan Consolidado de Medidas de Prevención, Contestación y Coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID 19 (...)*”. Explica también el Abogado de la CAIB que:

“La última ocasión en que se modificó el aludido Plan de Medidas se produjo (aprovechando además para la consolidación del mismo Plan) mediante el Acuerdo del Consell de Govern, de 2 de agosto de 2021, que – en un contexto en el que el Nivel de Alerta Sanitaria era el 4, riesgo muy elevado - procedió – sin perjuicio de las otras medidas de alcance general establecidas también por Acuerdo del Consell de Govern - a establecer esas medidas para los distintos sectores de actividad centradas en las capacidades de aforos de espacios, establecimientos y/o instalaciones y en la mayor o menor intensidad posibles para casa uno de los sectores.

Teniendo en cuenta esa diferenciación entre las medidas generales y las medidas específicas incluidas en el Plan Consolidado de Medidas de Prevención, Contención y Coordinación y dirigidas a los distintos sectores de actividad y en su especial vinculación a cada uno de esos sectores, no se apreció – prima facie - la necesidad de someter a autorización judicial ninguna de las medidas incluidas en ese Plan Consolidado pese a que algunas de ellas – como con posterioridad se ha deducido de lo jurisprudencialmente determinado - podían rozar o suponer alguna limitación de derechos fundamentales.

En ese sentido, los acontecimientos que recientemente se han producido a nivel de resoluciones judiciales en otros ámbitos territoriales (Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía, Islas Canarias, Galicia y Castilla-la Mancha y Tribunal Supremo) han puesto de manifiesto – cuestión no apreciada con anterioridad - que alguna de esas medidas – aún dirigidas sólo a determinados sectores de la actividad y centradas en cuestiones de capacidad, aforos, espacios y/o tipos de establecimientos podían estar en un límite en el que podían afectar, aunque fuera levemente o con poca intensidad, a determinados derechos fundamentales o libertades públicas y podrían hacer necesarias, por sus características y antes de poder aplicarse efectivamente, la preceptiva autorización judicial en aplicación al caso de la debida garantía jurisdiccional constitucionalmente establecida. (...)”

Las medidas que aquí se analizan, efectivamente ya se adoptaron y aprobaron en el Consell de Govern del día 2 de agosto de 2021 (publicándose en el BOIB de 3 de agosto de 2021), siendo en su práctica totalidad coincidentes con las aprobadas en el Consell de Govern de 23 de agosto de 2021 cuya autorización ahora se nos solicita. Pero ocurre que, en aquel caso, nunca fueron presentadas a autorización judicial de la Sala. Por lo tanto, a falta de la trascendental e insustituible autorización judicial para que entrasen en vigor tales medidas, mal puede defenderse y entenderse que las adoptadas en el Consell de Govern de 23 de agosto de 2021 sustituyen a las adoptadas -y casi en su totalidad coincidentes- contenidas en el Acuerdo del Consell de Govern de 2 de agosto de 2021. Y es que no es posible sustituir lo que nunca ha entrado en vigor.

Tratándose de derechos fundamentales, como son el derecho a la igualdad y a no sufrir trato discriminatorio (art. 14), el derecho a la integridad física (art. 15), la libertad personal (art. 17 de la CE), el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18) en lo referente a las medidas que versan sobre las pruebas analíticas de Covid y al régimen de comunicación con usuarios de residencias geriátricas, la omisión de este trascendental trámite autorizándolas, conlleva la ausencia de su efectividad, tal y como concluye la Sentencia nº 719/2021 del TS dictada en el RC 3375/2021, al determinar que:

“Las consecuencias, derivadas de lo anterior son, principalmente, dos. La primera es que, como ya se ha apuntado, las medidas sanitarias aun no ratificadas judicialmente no despliegan efectos, ni son aplicables. La segunda es que, si la ratificación judicial es denegada, no es preciso que la Administración acuerde «dejar sin efecto» la Orden o acuerdo sometidos a ella ya que nunca fueron legalmente eficaces, sin perjuicio de que pueda -o, incluso, deba-- dar publicidad a dicha denegación, especialmente si previamente las medidas rechazadas hubieran tenido alguna clase de publicidad oficial”.

Y lo mismo sucede con las medidas implantadas en relación a cómo habrán de desarrollarse los espectáculos deportivos y culturales, celebraciones sociales y familiares.

No es posible admitir ni interpretar que las medidas que aquí se nos solicitan, similares o coincidentes con las que se adoptaron en el Consell de Govern del pasado día 2 de agosto, las cuales nunca fueron presentadas a la correspondiente autorización judicial, puedan ser incluidas en el apartado incluido en la citada sentencia del Alto Tribunal, correspondiente a las medidas que no precisan de tal autorización, a saber, cuestiones de horarios, aforos en establecimientos públicos, actividades educativas, las que miran a preservar los espacios públicos y a impedir que en ellos se consuma alcohol, las que tienen por objeto evitar la

contaminación acústica o de otra naturaleza y, en general, las dirigidas a mantener la convivencia.

Por lo tanto, no cabe que este Auto pueda suponer, en ningún caso, una valoración de medidas sustitutivas de aquéllas, por la sencilla razón de que las medidas aprobadas por el Consell de Govern el 2 de agosto de 2021, no entraron en vigor al no haber sido siquiera presentadas para, en su caso, ser autorizadas por la Sala de lo Contencioso del TSJ de Illes Balears, a pesar de que en su apartado quinto se contemplaba el traslado a la Dirección de la Abogacía a los efectos del artículo 10.8 de la Ley 29/1998.

Y para el caso de que aquellas medidas no sometidas a autorización judicial hubieren sido objeto de aplicación efectiva, la Administración habría incidido en una evidente vía de hecho, con las consecuencias jurídicas inherentes a ese defecto.

TERCERO: El TS en sentencias nº 719/2021 de 24 de mayo (RC 3375/2021) y 788/2021 de 3 de junio (RC3704/2021) ya ha resuelto que es posible a través de la aplicación de la normativa sanitaria, restringir o limitar derechos fundamentales de los comprendidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título Primero de la Constitución.

Cuando esa limitación afecte a cuestiones básicas de dichos derechos fundamentales, es preciso que esa normativa tenga rango de ley orgánica.

El artículo 3 de la LO 3/1986 de 14 de abril de Medias Especiales en materia de Salud Pública permite que *“Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible (...)”*

El TS en su sentencia 788/2021 de 3 de junio señala que el artículo 3 de la LO 3/1986 permite adoptar como fundamento normativo medidas tan severas como el conocido toque de queda o también la limitación del derecho de reunión siempre que la justificación sustantiva

de las medidas sanitarias esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate. De forma que no bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución.

La clave para autorizar las medidas que se someten a examen judicial reside en la adecuación, su idoneidad y su proporcionalidad al fin que persiguen, de forma que estas han de guardar un equilibrio entre la salvaguarda de la salud pública y la intensidad de la limitación del derecho fundamental que se quiere restringir.

Por su parte no cabe duda que la CAIB ostenta competencia para adoptar las medidas sanitarias que considere oportunas para salvaguarda de la población de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 5/2003 de 4 de abril de salud de les Illes Balears y el artículo 49.2 de la ley 16/2010 de 28 de diciembre de salud pública de les Illes Balears. Medidas que de ser restrictivas de la libertad de las personas o de algún derecho fundamental ineludiblemente han de ser sometidas a la autorización o ratificación judicial correspondiente conforme establece el artículo 10-8 de la Ley 29/1998.

CUARTO: Comenzaremos el análisis por las medidas acordadas que afectan a los centros de residencias de mayores dependientes y no dependientes, a sus usuarios y empleados, así como al régimen de visitas.

La situación en esta Comunidad Autónoma a fecha 19 de agosto de 2021 refleja una incidencia acumulada a 14 días por 100.000 habitantes (IA14) de 531'2 puntos, lo que supone un riesgo muy elevado. Desglosado el IA14 por islas, en Mallorca es del 501'1, 346'1 en Menorca, 836'5 en Ibiza y 428'5 en Formentera. Esas cifras suponen un riesgo muy elevado.

Los datos de IA14 concretado al colectivo de población con edad superior a 65 años es de 280'5 puntos, lo que también supone un nivel de riesgo muy elevado en los estándares fijados en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

La tasa de positividad en la Comunidad Autónoma es del 6'38%, muy por encima de la cifra fijada por el Centro Europeo para la Prevención y Control de las Enfermedades (ECDC) para considerar la situación controlada que es del 3%.

Reflejemos ahora la situación descrita por la Administración en la que se encuentran las residencias de gente mayor en el territorio balear. Los datos son los siguientes:

1º.- El colectivo de los mayores, usuarios de los centros geriátricos o residencias son una población de alto riesgo, a la que la COVID 19 ha golpeado con especial intensidad.

En Baleares hay un total de 6.196 usuarios internos en esos centros o residencias y un total de 7.138 empleados trabajadores.

2º.- Ese colectivo tiene un alto índice de vacunación. En concreto, en relación a los usuarios, el 91'32% tienen pauta completa de vacunación, ascendiendo al 95'56% con una sola dosis.

Para los empleados y profesionales las cifras son del 89'41 % con pauta completa, y el 91'86% con una sola dosis.

Por lo tanto, con esos datos se observa que existe una cifra aproximada de casi un 10% de residentes y otro 10% de empleados que no están vacunados.

3º.- Según informe del ECDC de 26 de julio de evaluación de riesgo en los incrementos de contagios en los usuarios de residencias completamente vacunados, el SARS.COVID-2 es bajo y moderado-elevado para aquellos que lo estuvieren parcialmente, o no lo estuvieren siempre y cuando la situación epidemiológica del territorio se encontrare en situación de riesgo bajo o muy bajo. Pero de encontrarse en situación de riesgo de preocupación moderada o elevada el riesgo que supone el SARS.COVID-2 para la población de la tercera edad se sitúa en riesgo bajo o moderado para la población totalmente vacunada y situación de riesgo elevado o muy elevado para aquellos que lo estuvieren sólo parcialmente o sin vacunar.

4º.- Las vacunas suponen una herramienta muy eficaz en la lucha contra la pandemia. Aportan una protección importante contra esa terrible enfermedad, pero no eximen de la posibilidad de contagio y de transmisión del Covid 19.

5º.- Se han dado numerosos casos de contagios en centros y residencias de mayores en este territorio, tanto en usuarios residentes, como en población trabajadora.

De un total de 70 residencias existentes en las Islas Baleares, a fecha 19 de agosto de 2021, 19 de ellas se encontraban en situación de brote con COVID 19, lo que supone un total de un 27% del total de esos centros.

6º.- La evolución de la pandemia en las residencias geriátricas ha ido en aumento. El 27 de junio de 2021 había un total de 1420 usuarios residentes contagiados y 908 empleados positivos. El 17 de agosto pasado esas cifras ascienden a un total de 1528 usuarios contagiados y 1073 trabajadores positivos.

7º.- Se ha precisado la intervención de la Administración para dos residencias, en concreto Sa Residencia en Ibiza con un total de 41 usuarios contagiados con 6 fallecidos y 17 empleados afectados, y la Residencia Llar de Majors de Calviá en Mallorca con 29 usuarios contagiados, 3 de los cuales fallecieron y 15 trabajadores afectados.

QUINTO: Los puntos 2º y 3º del Acuerdo de Gobierno de 23 de agosto de 2021 son del tenor literal siguiente:

Segundo Realización de pruebas de detección del SARS-CoV-2 en el ámbito residencial de personas mayores y con discapacidad.

Se realizará una prueba de diagnóstico de infección activa (PDIA) de detección del SARS CoV-2 de forma obligatoria en los siguientes casos:

a. Usuarios de nuevo ingreso en los centros residenciales. Siempre y cuando sea posible, la prueba se realizará con una antelación máxima de 72 horas al ingreso.

b. Trabajadores de nueva incorporación o que se incorporen de un periodo de permiso o vacaciones, independientemente de su estado de vacunación. Siempre y cuando sea posible, la prueba se realizará con una antelación máxima de 72 horas a la incorporación laboral.

c. Trabajadores no vacunados en centros residenciales. Estas pruebas serán tres semanales, de las que dos serán tipo PCR.

Las personas (usuarios y trabajadores) que hayan pasado la infección por COVID-19 estarán exentas de la realización de estas pruebas de cribado preventivo durante los 90 días siguientes al diagnóstico de infección.

Se realizarán cribados a los usuarios no vacunados de los centros residenciales con un porcentaje de vacunación inferior al 80%, tanto de usuarios como de trabajadores. La periodicidad de dichas pruebas se ajustará a una evaluación del riesgo que tenga en consideración la situación epidemiológica del territorio en el que se encuentre la residencia, la tipología y la situación sanitaria del centro.

Tercero Condiciones en las que pueden realizarse visitas y salidas a los servicios sociales de tipo residencial, viviendas supervisadas para personas mayores, personas en situación de dependencia y personas con discapacidad

- 3. Solo podrán realizar visitas a los servicios sociales de tipo residencial para personas mayores, personas en situación de dependencia y personas con discapacidad las personas mayores de 12 años que acrediten documentalmente que han recibido la pauta completa de vacunación, que han superado la COVID-19 dentro de los seis meses precedentes o bien que se han sometido a una prueba PCR con resultado negativo dentro de las 72 horas anteriores o un test rápido de antígenos con el mismo resultado dentro de las 48 horas anteriores a la visita.*

En cuanto a las visitas de personas menores de 12 años, si estas no acreditan el cumplimiento de alguno de los requisitos anteriores, se recomienda que se controle especialmente el cumplimiento de las medidas de precaución y prevención del contagio en cuanto a distancias de seguridad, uso de mascarilla y ventilación de los espacios de visita.

- 4. En las salidas del centro, el residente o su tutor legal, familiar o referente del entorno afectivo que se haga cargo del cuidado de la persona firmará una declaración responsable con el compromiso de cumplir las medidas sanitarias vigentes durante todo el tiempo que dure la salida y que solo se relacionará con personas que si son mayores de 12 años puedan acreditar documentalmente que han recibido la pauta completa de vacunación, o bien que han superado la COVID-19 dentro de los seis meses precedentes o que se han sometido a una prueba PCR con resultado negativo dentro de las 72 horas anteriores a la visita o un test rápido de antígenos con el mismo resultado dentro de las 48 horas anteriores a la visita. En cuanto a los contactos con menores de 12 años, si no acreditan el cumplimiento de alguno de los requisitos anteriores, se recomienda que se controle especialmente el cumplimiento de las medidas de precaución y prevención del contagio en cuanto a distancias de seguridad, uso de mascarilla y ventilación de los espacios donde se produzca el contacto.*

La especial vulnerabilidad de la población de la tercera edad y/o con discapacidad que reside en esos centros exige, sin duda, una especial protección hacia sus personas. La facilidad de las mutaciones del coronavirus, su morbilidad acreditada y la facilidad de transmisión o contagio del COVID-19 obliga a adoptar especiales medidas restrictivas tendentes a proteger sus vidas y asegurarles una indemnidad frente al terrible virus.

El punto de partida es la doctrina fijada por el TS en su reciente sentencia de 19 de agosto de 2021 (RC 5904/2021). Pero a diferencia de lo que sucedió en aquel caso, donde la Sala de lo Contencioso del TSJ de Castilla La Mancha consideró no justificadas las medidas solicitadas y el Tribunal Supremo así lo confirmó al desestimar la casación, en el caso que

aquí valoramos, sí consideramos que la Administración ha justificado la petición formulada considerándose que las medidas acordadas cuya autorización se solicita, son adecuadas, idóneas y guardan la proporcionalidad necesaria frente a la restricción de derechos que comportan.

Resulta preocupante la alta tasa de contagios tanto en residentes como en empleados de dichos centros. Las cifras expuestas así lo demuestran, y ello manifiesta que las medidas sanitarias establecidas hasta este momento se muestran insuficientes y es menester establecer otras más enérgicas, porque las consecuencias que deparan los contagios para ese colectivo son muy graves y suponen un riesgo cierto e incuestionable para su vida.

Por lo tanto, exigir que se acredite que a la nueva persona usuaria se le han realizado pruebas diagnósticas con un resultado negativo con un mínimo de 72 horas previas al ingreso, recogido en punto a) del apartado segundo, es una medida absolutamente razonable, adecuada y proporcional para demostrar el buen estado de salud de quien accede por vez primera a dichos centros y así poder evitar consecuencias lesivas para el resto de internos y empleados. También resulta adecuada esa misma medida en cuanto se refiere a los empleados a la vuelta de sus periodos vacacionales o licencias, punto b) del apartado segundo.

Respecto al punto c), esto es, la realización de pruebas analíticas tres veces por semana a los empleados no vacunados de esta categoría de centros, dos de las cuales serán del tipo PCR, también resulta una medida adecuada porque concilia la libertad de dichos empleados plasmada en la decisión de no vacunarse con la vigilancia escrupulosa de las consecuencias que depara a terceros su libre decisión. La decisión que libremente adoptan no ha de perjudicar a terceros, y menos a un colectivo esencialmente vulnerable, por lo que, ante la evidencia científica de la facilidad del contagio de esa enfermedad, el control en el estado de salud de esos empleados no vacunados debe ser enérgico y constante.

Sin embargo, el Ministerio Fiscal en su informe se ha mostrado contrario con la medida referente al cribado aplicado sobre usuarios no vacunados que refleja el párrafo in fine del punto 2º del Acuerdo. Considera que esa medida supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, y responde a unos términos excesivamente vagos e imprecisos. La Sala coincide con este argumento. En efecto, esa medida constituye una norma en blanco,

imprecisa y con remisión a una evaluación de criterios no preestablecida, por lo que esa imprecisión no permite en este momento conocer la idoneidad y la proporcionalidad de la medida. Por lo que debemos denegar la autorización de ese punto.

Respecto a las medidas contenidas en el punto tercero del Acuerdo, relativas a las condiciones de visitas y salidas del centro para la tercera edad/personas con discapacidad, se exige, para que esas visitas se produzcan tratándose de mayores de 12 años, que presenten el certificado de vacunación, certificado de curación de COVID en los seis meses anteriores o bien pruebas analíticas realizadas con 72 horas de antelación también resulta adecuado.

El establecimiento de un control sanitario a la entrada del territorio balear para viajeros procedentes de otras CCAA, en el cual precisamente se comprueba cualquiera de esas tres opciones de acreditación de la situación personal respecto el COVID, ha sido una medida ya autorizada por la Sala de lo Contencioso de este TSJ en el Auto nº 179/2021, de 4 de junio (SND 254/2021) y Auto nº 189/2021, de 16 de junio (SND 276/2021). Esa medida supone un control sanitario que persigue asegurar la salud de la población balear frente a viajeros contagiados o portadores de la enfermedad que pudieran llegar a nuestra comunidad. Pues bien, cuanto más ha de ser idónea y proporcional esa medida detectar frente a un colectivo tan vulnerable como es la población de más de 65 años o con discapacidad residente en esos centros.

La incidencia y aumento de contagios entre residentes ya detallada *ad supra*, aconsejan adoptar esas medidas más intensas tanto en lo que afecta a las visitas al centro, como a las salidas de los residentes, ante la evidencia de lo insuficiente de las medidas operativas existentes hasta el momento.

En definitiva, la Sala considera proporcionada, idónea y adecuada la medida recogida en el punto tercero, y además tiene un carácter temporalmente limitado, señalándose la duración de un mes.

SEXTO: Corresponde ahora el turno de la medida adoptada en el punto cuarto consistente en la celebración de ceremonias nupciales, bautizos, comuniones y demás celebraciones similares.

En este caso la medida permite la celebración de esas ceremonias en todo tipo de instalaciones o espacios públicos o privados, tanto al aire libre como en espacios cerrados, siempre que la asistencia sea de un máximo de 50 personas en espacios cerrados y 120 en abiertos. Además permite también incrementar esas cifras hasta un máximo de 200 en espacios abiertos y 100 en cerrados, y, en todo caso, no superar el 50% del aforo permitido. En esos casos se impone acreditar que los participantes o bien estén vacunados con pauta completa, o se han realizado pruebas analíticas en un periodo anterior a 72 horas, o bien deben acreditar que han sufrido la enfermedad en los seis meses anteriores. También es necesario en ese caso que los organizadores designen un responsable Covid que recogerá la justificación por parte de los asistentes de la acreditación de cumplir alguna de estas condiciones y tenerla a disposición de la administración sanitaria o de la autoridad de control. Esta persona será asimismo responsable de poner a disposición de los asistentes la oportuna información en materia de normativa aplicable al evento y en materia de medidas de seguridad aplicables.

La medida no la autorizamos. No se justifica por la Administración el porqué del número de participantes que justifican la distinción efectuada, dicho de otra forma, en qué sentido se incrementa el riesgo si se celebra una reunión de 70 personas en lugar de 50, o de 150 en vez de 120. Parece un contrasentido que ante el avance imparable de la vacunación y ya muy próximos a la cifra que los técnicos señalan para conseguir la tan ansiada “inmunidad de rebaño”, la Administración intente imponer medidas de ese tipo restrictivo. Lo lógico sería que el efecto de la masiva vacunación determine una mayor relajación en la vida social y una mayor tranquilidad, salvo que se demuestre lo inoperativo de las medidas sanitarias normales exigibles en tiempo de pandemia, es decir, separación, limitación de aforos, mascarillas etc.

Es cierto que el aumento de contagios, si lo comparamos con apenas unos meses, es una realidad innegable. Pero que esos contagios obedezcan a la realización de esas celebraciones ha quedado por demostrar.

La Administración emplea pocos argumentos para explicar esa concreta medida, que en ningún caso podemos calificar de multitudinaria. Ese tipo de celebraciones son simplemente reuniones sociales de carácter limitado, perfectamente controladas por quienes son sus anfitriones.

No negaremos que los medios de comunicación han dado cuenta en alguna ocasión de que tal tipo de reuniones pueden haber dado lugar a brotes de contagios. Pero eso ni queda aquí justificado, ni constituye un riesgo evidente y cierto en este territorio. Por ello la medida solicitada resulta en sí misma desproporcionada.

Añadiremos también que el certificado de vacunación exigido no es equiparable al resultado de las pruebas analíticas, porque quien tiene la pauta completa de vacunación no está exento de poderse contagiar o de estar contagiado, e inclusive transmitir la enfermedad, mientras que la persona no vacunada lo que no posee es la inmunización que la vacuna otorga a quien la recibe. No son pues el certificado de vacunación y el resultado de una analítica elementos equiparables.

Por otro lado, aportar analíticas hechas con 72 horas de antelación, no significa que el presentante no pueda estar afectado del virus en el momento en que tiene lugar la celebración. De forma que tampoco esa exigencia evita por completo la posibilidad de contagios. Siendo cierto que ello supone una limitación que no constituye una grave afectación al derecho a la intimidad personal, sin embargo, no existe una explicación razonable que justifique la necesidad de implantar esa medida obligatoria en este tipo de eventos, celebraciones que no se ha demostrado que deparen una especial problemática generadora de brotes y que por ello merezcan una especial y enérgica actuación. Bastará pues la utilización de las medidas sanitarias ya existentes, esto es, separación de personas, limitación de aforos, uso de mascarillas etc.

Por último, respecto de la carga impuesta al organizador consistente en la obligación de designar un “responsable Covid” para ese tipo de eventos, la Sala la considera inadecuado

por la responsabilidad que conlleva para ese designado, que puede o no estar capacitado para cumplir tal función o cometido.

Por otro lado, supone también para ese responsable el manejo de unos datos que pertenecen al más estricto ámbito de la intimidad de las personas, lo que debe hacerse con especial cautela y reserva, y ello no queda en absoluto garantizado.

Por todo ello, esa medida no cumple con los estándares de adecuación y proporcionalidad exigibles.

SEPTIMO: Las medidas adoptadas en los puntos quinto y sexto del Acuerdo se refieren a las condiciones en que pueden celebrarse los acontecimientos multitudinarios, bien de orden deportivo, punto quinto del Acuerdo, bien de carácter cultural o recreativo como cines, teatros, circos etc, punto sexto del Acuerdo.

En el punto quinto, la Administración autoriza competiciones deportivas con un máximo de 500 personas en interior y 2.500 en instalaciones abiertas en ambos casos con un 50% de aforo de cabida máxima. Y al igual que sucede en las celebraciones de bodas, bautizos y comuniones permite aumentar ese número cumpliéndose los requisitos de que todos los asistentes puedan acreditar la pauta completa de vacunación, o que han superado el Covid en el plazo de los 6 meses precedentes, o presenten analíticas realizadas 72 horas antes. Además, es necesario que no se supere el 50% del aforo de capacidad de la instalación.

En el caso del punto sexto, en lo referente a las actividades recreativas y culturales el número de asistentes permitido es de 500 personas en espacios cerrados y 2.500 en espacios abiertos, en ambos casos, con un 75% de cabida máxima. E igualmente se puede superar ese límite siempre y cuando no se supere el límite de 1.000 personas en espacios cerrados o 5.000 en abiertos y en todo caso no exceder el 75% del aforo máximo permitido del lugar. En tales casos se habrá de justificar documentalmente que todos los asistentes tienen la pauta completa de vacunación, o han superado el Covid en el plazo anterior de los seis meses precedentes, o están en posesión de analíticas que justifiquen un resultado negativo.

Tanto en uno y otro tipo de espectáculos, cuando se optare por un número ampliado de asistentes, el organizador vendrá obligado a designar un responsable Covid del acontecimiento, encargado de recoger las justificaciones documentales y tenerla a disposición de las autoridades sanitarias, siendo además responsable de poner a disposición de los asistentes toda la información oportuna en materia de normativa aplicable, y que permita obtener la trazabilidad en caso de contagios.

La exposición de la solicitud contiene generalidades y muy poca concreción. Existen unas medidas sanitarias preventivas, cuales son la separación y distancia interpersonal, el uso de mascarillas, la limitación de aforos etc. Todo eso está en vigor y se respeta o debiera respetarse por quienes asisten a ese tipo de eventos. Si esas medidas no resultan suficientes, será entonces y ante la evidencia demostrable el momento de aumentar la intensidad de aquéllas, de forma que las nuevas medidas más restrictivas guarden la necesaria proporcionalidad con la realidad en la que se implantan. Nada de eso se ha expuesto con claridad en la petición planteada ni tampoco en el Acuerdo adoptado.

Es un hecho innegable que todo evento multitudinario comporta un riesgo, riesgo que es proporcional según el número mayor o menor de concurrencia, no lo negaremos. Pero hemos de insistir que lo que la Administración viene obligada a justificar es la proporcionalidad de la medida acordada, o sea, en palabras de la Sentencia del TS nº 788/2021, detallar la necesidad que explica la intensidad de la medida concreta que se quiere imponer. Nada de eso se ha hecho.

También merece un especial esfuerzo de concreción explicar el porqué de los números de asistentes que la medida señala. Y la verdad es que se desconoce el porqué del número de 2500 asistentes en instalaciones descubiertas, o de 500 en instalaciones deportivas cubiertas. En fin, la petición es tan genérica como inconcreta.

La Administración ha optado por una solución radical y limitativa de derechos y hemos de responder lo que ya hemos comentado en el punto anterior relativo a las celebraciones. A pesar de que es una medida preventiva sanitaria imponer analíticas o pautas de vacunación, sin embargo, estar en posesión de un certificado de vacunación no garantiza la

posibilidad de no estar contagiado. Sin despreciar la protección que la vacuna ofrece a quien la recibe, sin embargo, no exime esa herramienta de la posibilidad de contraer la enfermedad y de transmitirla. En definitiva, imponer obligatoriamente esa medida, cuando no existe una explicación suficiente sobre la necesidad de la misma, ésta se convierte en desproporcionada y lo que persigue, más que una finalidad preventiva sanitaria, es mover u obligar a la ciudadanía a vacunarse.

Lo mismo sucede con las pruebas analíticas realizadas con anterioridad al evento, que en el momento de producirse este pueden no reflejar un resultado acorde a la salud real del sujeto, que puede haber contraído la enfermedad, o incluso estar en disposición de propagarla o transmitirla.

No se explica tampoco en que falla el sistema de medidas sanitarias existentes ni datos concretos que reflejen la necesidad de su adopción. El hecho de que algún evento pueda haber generado brotes de contagios no significa que aquellas medidas sanitarias sean o resulten ineficaces, si a la vez no se justifica que, a pesar del cumplimiento de aquéllas, se produjo tan nefasto resultado. Dicho en otras palabras, no pueden imponerse obligaciones restrictivas limitativas de derechos fundamentales sin la justificación suficiente de la insuficiencia de las medidas sanitarias ya imperantes, porque en ese caso las medidas nuevas resultan desproporcionadas.

La Administración ostenta facultades para evaluar el riesgo que cada evento multitudinario pueda ocasionar y, en atención a esta supervisión previa, puede o no autorizarlo. Imponer las medidas que aquí se acuerdan en todo caso y para cualquier evento que congregate un número importante de asistentes en actividades deportivas, recreativas y culturales, exige una justificación que aquí ni hemos encontrado ni tampoco se nos ha facilitado.

Por todo ello denegamos las medidas solicitadas en los puntos quinto y sexto del Acuerdo, al considerarlas desproporcionadas.

LA SALA ACUERDA

- 1) **AUTORIZAMOS** las medidas adoptadas en los puntos segundo y tercero del Acuerdo del Consell de Govern de 23 de agosto de 2021, excepto el cribaje a los usuarios no vacunados reflejado en el párrafo in fine del punto segundo del Acuerdo que **DENEGAMOS**.

Esas medidas autorizadas tendrán la duración de un mes, contado a partir de su publicación en el BOIB.

- 2) **DENEGAMOS** en su integridad los puntos cuarto, quinto y sexto del citado Acuerdo de 23 de agosto de 2021.

Contra este Auto cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de tres días hábiles.

Téngase en cuenta lo siguiente:

- 1.- Deben observarse los requisitos de extensión máxima y normas de estilo establecidas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 87 bis.3 de la Ley 29/1998.

- 2.- Debe acompañarse testimonio de este Auto.

- 3.- Deben exponerse los requisitos de procedimiento, señalando (i) la cuestión de interés casacional sobre la que se interesa se fije doctrina, y (ii) las pretensiones relativas al enjuiciamiento del Auto recurrido

- 4.- En el mismo día en que interponga el recurso, habrá de presentarse escrito ante esta Sala para poner en nuestro conocimiento el hecho de la interposición.



Así lo acordaron y firman las Ilmas. Sras. Magistradas del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares anotadas al margen.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.