

Nulidad de la obligación de someterse a test de antígenos COVID-19 las personas trabajadoras en residencias de personas mayores y centros de atención a personas con discapacidad grave.

Carlos Hugo Preciado Domènech

Magistrado de la jurisdicción social. Doctor en Derecho y en Ciencias Políticas.

Resumen: *Es nula la medida administrativa acordada por la Consejería de Bienestar social de Castilla - La Mancha relativa a las residencias de personas mayores y centros de atención a personas con discapacidad grave, consistente en que, para poder prevenir y controlar la el COVID-19, se realicen periódicamente, en función de la incidencia acumulada en la Comunidad Autónoma o en la zona en la que se encuentre ubicado el centro residencial , pruebas diagnósticas de Infección Activa (PDIA) a todas las personas trabajadoras de la residencia ,cada 7 o 14 días.*

Palabras clave: *Pruebas diagnósticas COVID-19 a trabajadores/as en residencias.*

Abstract: *The administrative measure agreed by the Castilla-La Mancha Social Welfare Council regarding residences for the elderly and care centers for people with severe disabilities is null. That measure. in order to prevent and control COVID-19, periodically , consists in carry out, depending on the accumulated incidence in the Autonomous Community or in the area in which the residential center is located, Active Infection diagnostic tests (PDIA) to all working people of the residence, every 7 or 14 days.*

Keywords: *COVID-19 diagnostic tests for workers in residences.*

I. Introducción

En esta sentencia se aborda el problema de la posibilidad de imponer obligatoriamente pruebas diagnósticas (test de antígenos) a las personas trabajadoras en residencias de personas mayores, en tanto que dicha medida afecta sustancialmente a su derecho a la intimidad. La junta no aporta datos suficientes que justifiquen la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida, aduciendo razones preventivistas. La Sala III recuerda que a los **efectos de restricción de derechos fundamentales << no bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución>>**.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala III del Tribunal Supremo (Sala de Vacaciones).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1104/2021, de 19 de agosto.

Tipo y número recurso o procedimiento: RC núm. 5904/2021.

ECLI:ES:TS:2021:3259.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excma Sra. María Isabel Perelló Doménech.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema suscitado

Se plantea si es ajustada a derecho la medida de la Consejería de Bienestar Social de la Jura de Castilla-La Mancha, consistente en que, en relación al personal de atención directa en residencias, con el objetivo de poder prevenir y controlar la enfermedad COVID-19, se le realice periódicamente, en función de la incidencia acumulada en la comunidad autónoma o en la zona donde se encuentre ubicado el centro residencial, Pruebas Diagnósticas de Infección Activa (PDIA), que afectarán a todas las personas trabajadoras de la residencia, cada 7 o 14 días

2. Hechos y antecedentes

Por auto n.º 273/2021, de 9 de agosto, dictado en el procedimiento n.º 601/2021, sobre ratificación de las medidas sanitarias contenidas en la resolución de 5 de agosto de 2021 de la Consejería de Bienestar Social por la que se complementan las establecidas en la resolución de 6 de julio de 2021, por la que se aprueban medidas para centros, servicios y establecimientos de servicios sociales en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Castilla - La Mancha para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19, se acordó denegar la ratificación judicial de las medidas :

1.- DENEGAMOS la ratificación judicial de las medidas previstas en los apartados 1, e, número 2: e) En cuanto a los nuevos ingresos, reingresos, traslados y estancias temporales a las residencias de personas mayores y centros de atención a personas con discapacidad grave, se estará a las siguientes condiciones: 2.º El centro, a través de sus Servicios de Prevención, realizará un test de antígeno a las personas que ingresen o reingresen a la residencia. Solamente se procederá a un aislamiento si la persona presenta clínica sospechosa de COVID-19, hasta la realización de las pruebas necesarias..."; y, 1, f) número 4: f) En cuanto al personal de atención directa, se seguirán las siguientes instrucciones:...4.º Para poder prevenir y controlar la enfermedad, se realizará periódicamente, en función de la incidencia acumulada en la comunidad autónoma o en la zona donde se encuentre ubicado el centro residencial, Pruebas Diagnósticas de Infección Activa (PDIA) a todas las personas trabajadoras de la residencia, cada 7 o 14 días", de la Resolución, de 05 de agosto de 2021, de la Consejería de Bienestar Social, por la que se complementan las medidas establecidas en la Resolución de 6 de julio de 2021, de la Consejería de Bienestar Social, por la que se aprueban medidas para los centros, servicios y establecimientos de servicios sociales en el ámbito territorial de la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

IV. Posición de las partes

La Jura de la Comunidad de Castilla- La Mancha, A partir de la doctrina contenida en las sentencias precedentes de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, singularmente, de la STS n.º 719/2021, sostiene que el auto de la Sala de lo Contencioso ha efectuado una interpretación errónea de la jurisprudencia de la Sala, pues aun cuando en la STS 788/2021 se afirma que la medida limitativa no puede fundarse únicamente en la prudencia - ni en la mera oportunidad ello no implica que no pueda aplicarse el principio de precaución, que es un principio de actuación de las Administraciones Públicas. Añade a lo anterior que las medidas adoptadas son necesarias y proporcionadas y se sustentan en el informe técnico específico de

actuaciones en residencias de mayores, subrayando que presentan un ámbito limitado, también temporal, con obligación de revisión. Considera en suma, que las medidas cuestionadas son idóneas y necesarias y también proporcionadas en sentido estricto, entran en un razonable margen de apreciación y deben ser ratificadas. Termina solicitando la estimación del recurso de casación, la anulación del Auto impugnado del TSJ de Castilla- La Mancha de 9 de agosto de 2021 y la ratificación de la totalidad de las medidas adoptadas en la resolución de 5 de agosto por la Consejería de Bienestar Social

El **Ministerio Fiscal** critica a la Junta recurrente en cuanto no identifica el derecho fundamental afectado, que en su opinión, es el artículo 18.1 CE que garantiza la intimidad personal, el cual quedaría sujeto a la injerencia en virtud de la realización de test de antígenos y la PDA a residentes y trabajadores así como el derecho fundamental a la libertad de circulación garantizado en el art 19 CE, sobre el que operaría una intervención al ser el caso que se someta a asilamiento a personas sospechosas de Covid19. Seguidamente trae a colación la doctrina sobre las restricciones de derechos fundamentales y la habilitación conferida por el artículo 3 LOSEP en estos supuestos, que exige que las limitaciones pretendidas sean idóneas, necesarias y proporcionadas.

Atendiendo a la naturaleza y afectación de la medida considera que el mencionado artículo 3º de la Ley aludida no dispensa habilitación legal suficiente para las medidas sanitarias controvertidas.

En cuanto a la justificación de la medida instada por la Junta de Castilla- la Mancha, manifiesta que a partir de la doctrina expuesta en la STS 719/2021, de 24 de mayo, no se trata de medidas puntualmente indispensables para salvaguardar la salud pública en un espacio determinado y concreto, sino más bien de medidas de suyo preventivas, cuando la STS 875/2021, descarta para la restricción de derechos fundamentales <<meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución>>.

Así lo reconoce el escrito de casación y la propia resolución de la Consejería que explicitan la finalidad de <<prevenir>> la enfermedad, y afirma que las medidas implementadas han de ser efectivas, indispensables y equilibradas, lo que no sucede en el caso de autos. No concurre la premisa de la necesidad, idoneidad y proporcionalidad en el sacrificio de derechos fundamentales y en unas medidas que no se dirigen de modo directo e inmediato a evitar la propagación de la enfermedad, por su carácter genérico y global, careciendo de la necesaria justificación para limitar derechos fundamentales.

Termina su escrito el Ministerio Fiscal interesando a desestimación del recurso y la no ratificación de la resolución instada por la Junta de Castilla la Mancha

V. Normativa aplicable al caso

- Artículos 15, 43 y 148.1.21. de la Constitución;
- Artículos 1 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública;
- Artículo 32.3 de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla - La Mancha
- Artículos 24 y 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad;
- Artículos 27.2 y 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública;
- y,
- Artículo 10.8 de la LJCA.

VI. Doctrina básica

Los criterios jurisprudenciales de la Sala III del TS sobre autorización de medidas urgentes y necesarias para la salud pública que limiten o restrinjan derechos fundamentales se contemplan en la STS nº 875/2021, de 17 de junio, RC 4244/2021, doctrina que sigue la sentencia objeto de comentario y que pasamos a sintetizar:

"1. Ya en la sentencia 719/2021, de 24 de mayo, y en las posteriores sentencias 788 y 792/2021, declaramos respecto de la impugnación de autos dictados al amparo del artículo 122 quater de la LJCA, que la relevancia a efectos casaciones de tal revisión está en fijar los criterios para comprobar si la Sala de instancia se ha ajustado a los términos del control preliminar de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas objeto de autorización en cuanto que limitan o inciden en derechos fundamentales.

También hemos sostenido que la restricción de derechos fundamentales por razones sanitarias, ahora por razón de la pandemia del Covid19, no exige necesariamente la cobertura del estado de alarma. Que así se haya declarado y autorizado por el Congreso de los Diputados hasta en dos ocasiones, con sus prórrogas, como medida excepcional por razones del momento en que se acordó, no implica que no exista otra opción.

3. (sic) Respecto del ejercicio de los derechos fundamentales, respetando su contenido esencial y sin desnaturalizarlos, cabe con carácter general que mediante ley ordinaria se regulen y limiten puntualmente. Esto no equivale a una legislación de desarrollo, entendiendo por tal una regulación de conjunto o que incida en elementos básicos, nucleares o consustanciales de los mismos.

4. En cuanto a la idoneidad de la legislación sanitaria para dar cobertura a eventuales restricciones fuera del estado de alarma, hemos sostenido que el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, es "innegablemente escueto y genérico" y no fue pensado para una pandemia como la actual, sino para brotes infecciosos aislados que surgen habitualmente; pero no por ello deja de ser idóneo si se interpreta en relación con los artículos 26 y 54 de las leyes 14/2006 y 33/2011, respectivamente, ya citadas.

5. El artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 no habilita para adoptar medidas restrictivas en cualquier circunstancia, y fija un ámbito objetivo al referirlas a la existencia de un "riesgo de carácter transmisible"; también fija su ámbito subjetivo y espacial -"control de los enfermos" y dé las "personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos"- lo que se irá extendiendo correlativamente "pero sin que pueda llegar más allá del mismo y convertirse en general" (cfr. sentencias 719/2021 y 788/2021).

6. Los artículos 26 y 54 de las Leyes 14/1986 y 33/2011, respectivamente, ofrecen precisiones objetivas, subjetivas, temporales y cualitativas que dan certeza a una restricción o limitación puntual; delimitan con una precisión mínima el campo de su aplicación. También se refieren a un supuesto excepcional -el riesgo inminente extraordinario para la salud- que habilita a las autoridades sanitarias para adoptar las medidas "que se consideren sanitariamente justificadas" y motivadas, idóneas, temporales y proporcionadas.

7. Volviendo al artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, hemos declarado que su idoneidad no está tanto en la intensidad de las medidas adoptadas sino en su extensión pues en la lucha contra la pandemia del Covid19 se han adoptado medidas sanitarias que restringen severamente derechos fundamentales para el conjunto de la población local, autonómica o nacional. Por tanto, la idoneidad de tal precepto dependerá de la justificación sustantiva de las medidas según las circunstancias del caso y siempre que esa justificación sustantiva esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de que se trate.

8. Ante restricciones tan severas y generalizadas como la prohibición de salir del propio domicilio durante determinadas horas del día ("toque de queda") o de limitar las

reuniones, esa justificación exige acreditar que esas medidas son indispensables para salvaguardar la salud pública: no bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución."

VII. Parte dispositiva

(1.º) No ha lugar al recurso de casación n.º 5904/2021, interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla- La Mancha contra el auto n.º.973/2021, de 9 de agosto, dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha, con sede en Albacete, en el procedimiento de ratificación n.º 60172021.

(2º) No hacer imposición de costas

VIII. Pasajes decisivos

Séptimo.- (...)En fin, lleva razón la Sala de instancia al sostener la escasa aportación de datos apropiados que sustente la petición de autorización de la obligatoriedad de las pruebas y el asilamiento mencionado, al conjunto de los trabajadores de todas las residencias y centros que radiquen en Castilla- La Mancha. La solicitud deducida se encuentra huérfana de información suficiente y clara, lo único que incorpora en el informe sanitario en relación a las residencias de mayores es una tabla que discrimina entre semanas, brotes, casos, hospitalizaciones y defunciones a lo largo del año 2021, y la incidencia del proceso de vacunación. Se explica en el informe < que en las semanas 8 y 23 la ocurrencia de brotes y enfermedad y muerte es casi, anecdótica, quedando relegados a brotes puntuales ocasionados por circunstancias particulares> observándose a partir de la semana 24 un aumento paulatino que no evidencia por sí un crecimiento exponencial de contagios con aumento de hospitalizaciones No se añaden más datos sobre la tasa de incidencia en concretos y determinados centros de la Comunidad que permitan considerar la necesidad de la imposición de la medida y su carácter indispensable.

Debemos subrayar, además, que la Administración no solo pone de manifiesto al Tribunal la existencia de cifras detalladas y significativas, ni distingue la problemática de los centros, que pueden presentar cifras no homogéneas, sino que tampoco contraponen la eficacia de otras medidas menos invasivas frente a la más invasiva de los derechos fundamentales que desarrollen una eficacia similar. Finalmente, no cabe acoger el alegato de la Junta recurrente que sustenta la ratificación y corrección de las medidas en el principio de precaución que inspira la actuación de la Administración por mandato legal (pág. 20 del escrito de interposición) o de prevención, como se explicita en la propia resolución de 5 de agosto de 2021 y aun cuando, como señala el Ministerio Público es cierto que el componente precautorio subyace en toda medida sanitaria, hemos señalado expresamente en la STS 875/2021 (FJ 4º) que antes hemos transcrito - que la propia recurrente invoca y conoce- que el artículo 3 LOSEP no confiere habilitación para la adopción de medidas bajo cualquier circunstancia, ya que tal precepto fija un ámbito subjetivo, sin que pueda llegar más allá del mismo y convertirse en general, y que **a los efectos** ahora debatidos de **restricción de derechos fundamentales << no bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución>>**.

IX. Comentario

La sentencia comentada contiene una afirmación importante que se erige en un límite bien definido y garantista en la tutela de los derechos fundamentales: las razones meramente preventivas, de conveniencia o prudencia no justifican la restricción de los derechos fundamentales.

Esta afirmación resulta particularmente oportuna e importante en el contexto de la pandemia COVID-19, desde el momento en que la lucha contra la misma ha comportado y comporta importantes restricciones de derechos fundamentales de la ciudadanía. En algunos casos dichas restricciones superan el test de proporcionalidad,

pero no cuando las mismas se orientan, de futuro, a la prevención, conveniencia o a la mera prudencia.

Ante la ausencia de legislación pensada expresamente para situaciones tan dramáticas como las vividas a raíz de la pandemia COVID-19, las medidas de restricción de los derechos fundamentales se han sustentado en una legislación excesivamente genérica e imprecisa, como señaladamente reconoce la propia Sala III en relación con el art. 3 de la Lo 3/86, al que no ha dudado de calificar de "innegablemente escueto y genérico".

Sin embargo, esta "manga ancha" en la exigencia de la calidad (certeza) de la ley previa habilitante para la restricción de derechos fundamentales, se ha visto compensada por un mayor rigor y exigencia en el testeo de proporcionalidad, por el que no se han dejado pasar actuaciones limitativas de derechos con finalidades meramente preventivistas.

X. Apunte final

La sentencia comentada es innegablemente relevante y de interés, tanto porque recopila y sintetiza la reciente doctrina de la Sala III (entre otras: STS nº 788/2021, de 3 de junio, 719/2021, de 24 de mayo, y en las posteriores sentencias 788 y 792/2021, STS nº 875/2021, de 17 de junio, RC 4244/2021) sobre la limitación de derechos fundamentales para la protección de la salud pública en el contexto de la pandemia COVID-19, como por el rigor en la aplicación del principio de proporcionalidad.