

RCA CASACION núm.: 5904/2021

Ponente: Excm. Sra. D.ª Maria Isabel Perelló Doménech

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Maria Pilar Molina Lopez

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE VACACIONES
SENTENCIA**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez

D. Julián Sanchez Melgar

Dª. María Lourdes Arastey Sahún

D.ª Maria Isabel Perelló Doménech

D. Francisco Javier Arroyo Fiesta

D. Fernando Marín Castán

En Madrid, a 19 de agosto de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 5904/2021, interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla- La Mancha representada y defendida por la Letrada de dicha Junta, contra el auto n.º 27372021, de 9 de agosto, dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en el procedimiento n.º 601 /2021, que denegó la ratificación de la medida sanitaria contenida en la resolución de 5 de agosto de 2021 de la Consejería de Bienestar Social que las 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.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 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.
2.- Declaramos que no es precisa la ratificación del resto de las medidas por no afectar a derechos fundamentales.
3.- La Consejería de Bienestar Social deberá proceder a la inmediata publicación de la presente resolución en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha: >>

SEGUNDO.- Por escrito de 11 de Agosto de 2021, la Letrada de la Junta de Castilla- La Mancha , en la representación de ostenta, interpuso recurso de casación contra el citado auto dictado por el Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad, alegando que infringe los artículos 15, 43 y 148.1.21 de la Constitución; los artículos 1 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de

Medidas Especiales en materia de Salud Pública; el artículo 32.3 de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla – La Mancha los artículos 24 y 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; los artículos 27.2 y 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; y, el artículo 10.8 de la LJCA.

Además, añadió, infringe la jurisprudencia sentada, entre otras, en las sentencias dictadas por la Sección 4ª de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo n.º 719/2021, de 24 de mayo (RC 3375/2021) , de 3 de Junio de 2021(RC 3704/2021) y otras que reseña y señaló que la cuestión que presenta interés casacional y que requiere de un pronunciamiento de este Tribunal es determinar si las medidas sanitarias controvertidas cuentan con todos los requisitos fijados por la doctrina del Tribunal Supremo.

Y suplicó a la Sala la estimación del recurso de casación y consiguientemente, que case y anule el auto recurrido, ratificando las medidas sanitarias objeto de este procedimiento.

TERCERO. Admitido a trámite el recurso, por diligencia de ordenación de 12 de agosto de 2021 se confirió traslado al Ministerio Fiscal para alegaciones por plazo de tres días. Trámite evacuado por escrito registrado el 16 de agosto siguiente en el que interesó que se declare no ha lugar al recurso y la no ratificación de la resolución de 5 de agosto de 2021 de la mencionada Consejería de Bienestar Social que complementa las medidas establecidas en la resolución de 6 de julio de 2021, que aprueba 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,

CUARTO. – Por diligencia de ordenación de 16 de los corrientes, se pasaron las actuaciones al ponente Excm. Sra. Doña Maria Isabel Perello Domenech para resolver.

QUINTO. - El día 19 de agosto de 2021 se ha procedido a la deliberación y fallo del presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Los términos de la solicitud de ratificación.*

Por el Servicio Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se solicitó a la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad Autónoma, con sede en Albacete, la ratificación de la resolución de 5 de agosto de 2021 de la Consejería de Bienestar Social. Esta última complementa las previamente establecidas en la resolución de dicha Consejería 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,

La resolución de la Consejería cuestionada dispone una serie de medidas complementarias a las ya adoptadas, que se refieren a las visitas en las residencias para mayores (apartado a), a las salidas en las residencias de personas mayores (apartado b), al uso de las mascarillas en espacios cerrados (apartado c) y a las salidas en centros residenciales de personas con discapacidad grave, menores y otros centros (apartado d).

Y en lo que aquí importa, esto es, las medidas no ratificadas por el Auto impugnado, se prevé para los nuevos ingresos, reingresos, traslados y estancias temporales a las residencias de mayores y otros centros (apartado e) extremar la vigilancia activa de síntomas compatibles con Covid-19 y que << el centro, a través de sus servicios de prevención, realizará un test de antígeno a las personas que ingresen o reingresen a la residencia. Disponiendo a continuación << solamente se procederá al aislamiento si la persona presenta

clínica sospechosa de Covid-19, hasta la realización de las pruebas necesarias>>.

En lo que respecta al personal de atención directa, además de promover la vacunación directa, establece en su apartado 4º que << para poder prevenir y controlar la enfermedad, se realizará 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. >>.

Estas dos últimas medidas, que se destacan en el fundamento jurídico tercero del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla – La Mancha, no se ratifican por la Sala y son objeto de la presente controversia casacional.

Así pues, para delimitar con precisión el objeto del debate, las medidas no ratificadas contempladas en la resolución de la Consejería de Bienestar Social de 5 de agosto de 2021 y cuya revisión se interesa son las siguientes:

Apartado 1, letra e), número 2: que dispone:

Apartado e) En cuanto a los nuevos ingresos, reingresos, traslado y estancias temporales a las residencias de personas mayores y centros de atención a personas con discapacidad grave, se estará a las siguientes condiciones:

(..) 2º El centro, a través de sus servicios de prevención realizará un test de antígenos a las personas que ingresen o reingresen en las residencias.

Solamente se procederá a un aislamiento si la persona presenta clínica sospechosa del Covid-19 hasta la realización de las pruebas necesarias.

Apartado f) En cuanto al personal de atención directa, se seguirán las siguientes instrucciones:

(..) 4º Para poder prevenir y controlar la enfermedad, se realizará periódicamente, en función de la incidencia acumulada de 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.

El informe emitido por el Director General de Salud Pública de 3 de agosto de 2021, que sirve de apoyo a las medidas adoptadas, lleva como título las << actuaciones en residencias de mayores en un escenario de incremento acusado de la incidencia de COVID -19>>. Este dictamen se acompaña a la resolución dictada y a la solicitud de ratificación judicial, y atiende a las características de las personas que viven en residencias de mayores, residentes y trabajadores y el riesgo de afectación de contraer la Covid-19.

Se hace mención en el documento de << adaptación de las medidas en residencias de mayores y otros centro de servicios sociales de carácter residencial en el marco de la vacunación>> de 15 de marzo de 2021 , que contenía ciertas recomendaciones ante una disminución en aquel momento de la incidencia, con la necesidad de mantener las prácticas básicas de control de la infección entre residentes y trabajadores para prevenir la propagación, adoptando, al respecto una serie de medidas generales en residentes a las que ya hemos hecho mención. Seguidamente y ante la nueva evolución de la incidencia por la variante Delta y el incremento de la pandemia, como se refleja con los datos que se incorporan, se recomiendan nuevas medidas específicas referidas a las residencias de mayores que complementan las que están en vigor, que son las antes descritas.

SEGUNDO. *El auto de la Sala de Albacete objeto del recurso de casación.*

El auto 273/2021, de 9 de agosto, deniega la ratificación de la resolución de la Consejería de Bienestar Social en la que se adoptan dichas medidas pues, según dice la Sala, no reúne los requisitos sentados por las sentencias de la Sección Cuarta de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo n.º 719, 792 y 788/2021 y otras.

Así, explica que no procede la ratificación de las medidas, con arreglo a nuestra jurisprudencia pues no hay constancia en el procedimiento de los datos sobre la incidencia y la evolución de la pandemia en las residencias de las personas mayores y centros , servicios y establecimientos de servicios sociales que hubieran permitido valorar la necesidad de las medidas propuestas, o su sustitución por otras menos gravosas, ni si resultan adecuadas a las circunstancias concurrentes << que no se han explicado ni utilizado para justificar la procedencia y proporcionalidad de las medidas>>.

El Auto hace valora el informe aportado en apoyo de la resolución litigiosa, emitido por el Director General de Salud Pública, de 3 de Agosto de 2021, cuyo contenido parcialmente transcribe , para alcanzar la conclusión siguiente << según se colige del aludido informe , la petición se basa exclusivamente en la idea de precaución por ser los destinatarios más vulnerable, sin datos concretos sobre la incidencia y evolución de la pandemia en las residencias de personas mayores y centros , servicios y establecimientos de servicios sociales>>

TERCERO. - *El escrito de interposición de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.*

Cita como infringidos los referidos artículos los artículos 15, 43 y 148.1.21 de la Constitución; los artículos 1 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública; el artículo 32.3 de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla – La Mancha los artículos 24 y 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; los artículos 27.2 y 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; y, el artículo 10.8 de la LJCA.

Se ocupa seguidamente de justificar el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que presenta su recurso en el sentido de determinar si la Administración Autonómica además de realizar las acciones preventivas generales debe adoptar las medidas oportunas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible, aun en el supuesto de que puedan afectar a derechos fundamentales. Indica que la interpretación del Tribunal de Albacete es errónea e impide a las Administraciones autonómicas asumir las medidas propuestas por el Director General de Salud Pública en su estrategia para la contención de la pandemia,

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

CUARTO. - *Las alegaciones del Ministerio Fiscal.*

Precisa, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos de legitimación y del plazo para la interposición del recurso. No obstante, considera cuestionable que la Junta recurrente fundamente debidamente el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia tal como exigen los apartados 2º y 3º del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, aunque entiende valiosa la propuesta de residenciar el interés casacional en desentrañar si la normativa que encierra la LOSEP, la LGS y la LGSP, además de acciones preventivas generales, permite adoptar las medidas que se consideren necesarias aunque afecten a derechos fundamentales.

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.

QUINTO: Sobre el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Previamente cabe indicar que se advierte interés casacional en el presente recurso de casación porque están en juego derechos fundamentales de una pluralidad de personas que pueden verse limitados, específicamente el derecho fundamental a la intimidad personal, reconocido en el artículo 18.1 CE y el de circulación, contemplado en el artículo 19 CE que se resultarían afectados si se ratifican las medidas contempladas en la resolución de la Consejería de Bienestar Social. Por tanto, el control y el juicio de ponderación ejercido por la Sala competente, en este caso la de Albacete, comporta ese interés y determina que no haya obstáculos a la admisibilidad del recurso de casación.

SEXTO. - Los precedentes de la Sección Cuarta de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo

La Sección Cuarta de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, ha dictado diversas Sentencias en las que se examinan diferentes solicitudes de ratificación de medidas sanitarias, semejantes a la aquí enjuiciada.

En la STS 719 / 2019, de 24 de mayo, (RC 3375/2021) razona la reseñada Sección que <<este procedimiento se ha pensado para someter a ratificación judicial aquellas medidas necesarias para proteger la salud pública que entrañen limitación de derechos fundamentales. No es la protección de la salud la única causa que puede justificar la limitación de derechos fundamentales. Si la ha individualizado el legislador ha sido por las circunstancias en las que se ha elaborado la Ley 3/2020, que no son otras que las de la pandemia originada por el COVID-19. No obstante, ningún derecho, ni siquiera los que reciben el calificativo de fundamentales, es absoluto. El artículo 10.1 de la Constitución lo advierte cuando afirma que el respeto a los derechos de los demás es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: los derechos de unos llegan, pues, hasta donde empiezan los derechos de otros. Por eso, es necesario contar con instrumentos que definan hasta donde se extienden y las limitaciones a las que deben sujetarse. Tal es el cometido de la Constitución y de las leyes y, en último extremo, de la interpretación que de una y otra han de hacer los tribunales en caso de conflicto.

Cuando de la limitación de derechos fundamentales por el legislador se trata, lo primero que es menester precisar es que no necesariamente ha de hacerse por ley orgánica. Es verdad que el desarrollo de los derechos fundamentales está reservado a esa fuente (artículo 81.1 de la Constitución) y que el Tribunal Constitucional ha equiparado al desarrollo el establecimiento de limitaciones a los derechos fundamentales de tal intensidad que les afectan esencialmente. Pero con carácter general la ley ordinaria es suficiente para regular el ejercicio de los derechos, aunque al hacerlo habrá de respetar su contenido esencial (artículo 53.1 de la Constitución). Y establecer limitaciones puntuales de derechos, incluso fundamentales, no equivale a desarrollarlos siempre que, por las características de las restricciones, no lleguen a desnaturalizarlos. Dentro de la regulación que puede hacer la ley ordinaria cabe,

pues, la imposición de limitaciones puntuales a los derechos fundamentales. Y, siendo suficiente para ello la ley ordinaria, esa reserva puede ser satisfecha tanto por la ley del Estado cuanto por las leyes que, dentro de su competencia, dicten las Comunidades Autónomas.

En definitiva, no se corresponde con la Constitución la afirmación de que toda limitación de un derecho fundamental ha de hacerse única y exclusivamente por ley orgánica. El Tribunal Constitucional ha dejado claros estos extremos, tal como lo recuerda, entre otras, en sus sentencias n.º 76/2019, 86/2017 y 49/1999.

En la reciente STS n.º 875/2021, de 17 de junio, RC 4244/2021 se sintetizan los criterios jurisprudenciales de la sala sobre autorización de medidas urgentes y necesarias para la salud pública que limiten o restrinjan derechos fundamentales. En el Cuarto de los Fundamentos Jurídicos se indica lo siguiente:

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.
2. 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. 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 "inegablemente 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 de 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.

Finalmente, la STS nº 788/2021, de 3 de junio, que se cita en el Auto recurrido y que invocan ambas partes procesales, señaló que:

<< Contrariamente a lo que sostiene el Ministerio Fiscal, esta Sala no cree que su carácter escueto y genérico prive al art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 de idoneidad para dar cobertura a medidas restrictivas de derechos fundamentales tan intensas como las aquí consideradas, especialmente si se interpreta en conexión con las Leyes 14/2006 y 33/2011. Por referirse sólo al «toque de queda», sería poco cuestionable que para combatir un pequeño brote infeccioso localizado en un pueblo podría la Administración sanitaria obligar a los vecinos a confinarse en sus domicilios; y seguramente algo similar cabría decir de la limitación de reuniones. El problema no es, así, la intensidad: el problema es, más bien, la extensión: en la lucha contra la pandemia del Covid-19, se han adoptado medidas sanitarias que restringen severamente derechos fundamentales para el conjunto de la población local, autonómica o nacional. Y es precisamente en este punto donde el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 suscita dudas como fundamento normativo o norma de cobertura.

Esta constatación, sin embargo, no conduce a concluir que medidas restrictivas tan severas y extensas como el «toque de queda» o el máximo de personas en las reuniones familiares y sociales no pueden adoptarse al amparo

del art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986. Éste puede utilizarse como fundamento normativo siempre que la justificación sustantiva de las medidas sanitarias -a la vista de las circunstancias específicas del caso- esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate. Y ni que decir tiene que, cuando se está en presencia de restricciones tan severas y generalizadas como la prohibición de salir del propio domicilio durante determinadas horas del día o de reunirse con más de seis personas, la justificación pasa por acreditar que tales medidas son indispensables para salvaguardar la salud pública, tal como hemos dicho que es preciso hacer en la sentencia n.º 719/2021. No bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución>>

SEPTIMO. - El Juicio de la Sala. Sobre la desestimación del recurso de casación.

Cabe precisar que las medidas controvertidas implican una clara incidencia en el derecho fundamental a la intimidad personal, garantizado en el artículo 18.1 CE, en la medida que se obliga de forma general a todos los trabajadores de las residencias de mayores y demás centros reseñados a someterse a la realización periódica de pruebas de antígenos. Asimismo, compromete el derecho de circulación del artículo 19 CE, como apunta el Ministerio Fiscal, al contemplar el aislamiento obligatorio de aquellos sospechosos de síntomas de la enfermedad hasta el momento de la prueba.

De modo que debemos comprobar si cabe la restricción de estos derechos fundamentales a través de la habilitación que dispensa la legislación vigente, interpretada en los términos expuestos por la Sala Tercera de este Tribunal Supremo que ha puesto énfasis en la exigencia de la justificación de las medidas que se adopten y en la observancia del principio de proporcionalidad. Y singularmente, viene exigiendo motivación a la Administración que ha de justificar que sus medidas que no sólo han de ser idóneas para hacer frente a esa emergencia sanitaria, sino que también han de ser necesarias y proporcionadas en sentido estricto.

Como hemos visto, *la ratio decidendi* del Auto aquí impugnado es la ausencia de datos suficientes sobre la incidencia y evolución de la pandemia en las residencias y centros, omisión que lleva a la Sala a concluir que no se puede constatar la necesidad y adecuación de las medidas. Así se pone de manifiesto en el FJº 3º en el que se transcribe parte de la justificación de la resolución que aprueba las medidas y el dictamen al que hemos hecho referencia.

Y, en efecto, basta examinar el informe técnico en el que se apoya la resolución para constatar el *déficit* apreciado por la Sala, al no figurar datos concretos, precisos y detallados sobre las residencias y la incidencia singular en las mismas. Es patente el carácter global y genérico de los pocos datos facilitados que no identifican ni discriminan el número de residencias o establecimientos a los que afecta la medida, los trabajadores a los que sería aplicable la obligación de someterse a las pruebas de detección de la enfermedad, ni tampoco tiene en cuenta la distinta ubicación de los locales y la concreta tasa de incidencia de la enfermedad, pues se indica de forma genérica <en función de la tasa> sin concreción adicional alguna. Esto es, no se informa ni se ilustra debidamente al Tribunal encargado de decidir sobre la validación de la medida, al que no se suministran los elementos adecuados indispensables que le permitan valorar si la limitación pretendida es acorde con el principio de proporcionalidad.

Nada nos dice la Junta recurrente sobre tales aspectos fácticos, pues en su escrito se limita a considerar bastante y suficiente el informe unido a autos, sin aducir ni invocar otros elementos que permitan dotar de sentido a la obligatoriedad de las medidas que implican una intensa la restricción de los derechos fundamentales. Nada dice al respecto e, insistimos, esta es una cuestión clave pues el control judicial que ha de ejercer la Sala de lo Contencioso Administrativo, entre otros aspectos, recae sobre la necesidad de la medida.

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 se 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 no 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 contrapone la eficacia de otras medidas menos invasivas frente a las más invasivas 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 LOSP 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>>.

A la vista del razonamiento de la Sala de instancia, no desvirtuado en el recurso de casación, no encontramos razones para considerar desacertado el juicio expresado en el Auto recurrido en casación.

La Sala de Vacaciones no es ajena a la preocupación institucional por arbitrar todas aquellas medidas que resulten indispensables para hacer frente a los devastadores efectos de la pandemia. Sin embargo, la jurisprudencia ya consolidada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, la constatada insuficiencia normativa que condiciona el proceso interpretativo y, sobre todo, la importancia de que el juicio de proporcionalidad descarte cualquier duda acerca de la viabilidad jurídica de las medidas propuestas, latén en el desenlace de nuestra resolución. Ello no es obstáculo, sin embargo, para que el fomento de estas medidas y su generalizada recomendación puedan contribuir al razonable objetivo precautorio.

OCTAVO; *Costas.*

Siendo éste un procedimiento sin partes, no procede hacer imposición de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

(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.

(2.º) No hacer imposición de costas.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez D. Julián Sanchez Melgar D^a. M.^a Lourdes Arastey Sahun

D. Francisco Arroyo Fiesta D. Fernando Marín Castán D^a. M.^a Isabel Perello Domenech