



**T.S.J. ILLES BALEARS SALA CON/AD  
PALMA DE MALLORCA**

**AUTO: 00397/2021**

PLAÇA DES MERCAT, 12

**Correo electrónico:** tsj.contencioso.palmademallorca@justicia.es

**N.I.G.:** 07040 33 3 2021 0000606

**Procedimiento:** SND AUTORIZACION/RATIFICACION MEDIDAS SANITARIAS 0000652 /2021 /

**Sobre:** SANIDAD Y SALUD PUBLICA

**De** CONSELL DE GOVERN ILLES BALEARS

**ABOGADO** LETRADO DE LA COMUNIDAD

SND 652/2021

## **AUTO DE AUTORIZACIÓN DE MEDIDAS SANITARIAS**

Ilmos. Srs.

Palma, 16 de Diciembre de 2021.

**PRESIDENTE:**

D. Gabriel Fiol Gomila

**MAGISTRADOS:**

D. Fernando Socías Fuster

Dña. Carmen Frigola Castellón

### **HECHOS:**

Primero.- La representación de la CAIB el 14 de diciembre de los corrientes ha presentado solicitud para que sean autorizadas judicialmente las medidas adoptadas en el Consell de Govern de 13 de diciembre de 2021 para entrar en vigor, si fueren estas autorizadas, después de su publicación en el BOIB. Esas medidas son las siguientes:

*“Primero*

*Prórroga del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 20 de septiembre de 2021*

*Este Acuerdo tiene por objeto prorrogar, nuevamente, hasta el día 24 de enero de 2022, la eficacia del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 20 de septiembre de 2021 por el que se establecen condiciones excepcionales en el régimen de visitas salidas en los servicios sociales de tipo residencial, viviendas supervisadas para personas mayores, personas en situación de dependencia personas con discapacidad, como medidas temporales excepcionales por razón de salud pública para la contención de la COVID—19, autorizado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de justicia de las Illes Balears mediante el Auto 253/ 2021, de 21 de septiembre, publicado en el Boletín Oficial de les Illes Balears núm. 133, de 28/09/2021.*

## **Segundo**

### ***Realización de pruebas de detección del SARS-CoV—2 en el ámbito de centros sanitarios.***

*1. Se realizará una prueba de diagnóstico de infección activa (PDIA) de detección del SARS—CoV—2 de forma obligatoria al personal que trabaja en los centros sanitarios de titularidad pública o privada situados en el territorio de las Illes Balears que se citan en el apartado 3 de este punto, en los siguientes casos:*

*a) Personal trabajador de nueva incorporación o que se incorpore de un período de permiso vacaciones, independientemente de su estado de vacunación.*

*Siempre cuando sea posible, la prueba se realizará con una antelación máxima de 72 horas la incorporación laboral.*

*b) Trabajadores no vacunados de los centros sanitarios. Estas pruebas serán tres semanales, de las que dos serán tipo PCR.*

*2. Las personas mencionadas en el apartado precedente 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 la infección.*

*3. La obligación de realizarse pruebas de diagnóstico de infección activa la que se refieren los dos apartados precedentes de este punto se entenderá referida al personal que trabaja en los centros clasificados en las siguientes categorías, según lo dispuesto en el anexo*

*II del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios establecimientos sanitarios:*

*\* C.1 Hospitales (centros con internamiento).*

*\* C.2.3 Centros de atención primaria.*

*\* C.2.5.1 Clínicas dentales.*

*\* C.2.5.3 Centros de interrupción voluntaria del embarazo: centros sanitarios en los que se realiza la práctica del aborto en los supuestos legalmente permitidos.*

*\* C.2.5.4 Centros de cirugía mayor ambulatoria: centros sanitarios dedicados la atención de procesos subsidiarios de cirugía realizada con anestesia general, local, regional sedación, que requieren cuidados postoperatorios de corta duración, por lo que no necesitan ingreso hospitalario.*

*\* C.2.5.5 Centros de diálisis: centros sanitarios en los que se realiza tratamiento con diálisis pacientes afectados de patología renal.*

*\* C.2.5.11 Centros de salud mental: centros sanitarios en los que se realiza el diagnóstico tratamiento en régimen ambulatorio de las enfermedades trastornos mentales, emocionales, relacionales del comportamiento.*

### **Tercero**

***Modificación del punto tercero del Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 29 de noviembre de 2021, por el cual se establecen medidas temporales excepcionales en el ámbito de la actividad de determinados establecimientos en función del nivel de alerta sanitaria de la isla donde estén radicados, como medidas temporales excepcionales por razón de salud pública para la contención de la COVID-19.***

*Se modifica el punto tercero del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 29 de noviembre de 2021, por el cual se establecen medidas temporales excepcionales en el ámbito de la actividad de determinados establecimientos en función del nivel de alerta sanitaria de la isla donde estén radicados, como medidas temporales excepcionales por razón de salud pública para la contención de la COVID—19, el cual pasa tener la redacción siguiente:*

*“Tercero Condiciones específicas aplicables al desarrollo de la actividad de determinados establecimientos en función del nivel de alerta sanitaria de la isla donde estén radicados:*

*El acceso por parte de personas mayores de 12 años, que no sean trabajadoras del establecimiento, al interior de los locales y establecimientos que se describen en los puntos siguientes de este Acuerdo, cuando la isla se encuentre en el nivel de alerta sanitaria declarada por el Gobierno de las Illes Balears que determina en los mismos puntos, requiere la presentación de una certificación que acredite la concurrencia de cualquier de las circunstancias siguientes:*

*1. Que la persona cuenta con la pauta completa de una vacuna contra la COVID- 19 con autorización de comercialización en conformidad con el Reglamento (CE) n.º 726/ 2004. Se considera que se cuenta con la pauta completa una vez hayan transcurrido 14 días desde que recibió la segunda dosis, o, si procede, la dosis única para el caso de las vacunas monodosis o para las personas que sólo tienen que recibir una sola dosis porque han superado previamente la COVID—19.*

*2. Que la persona dispone de una prueba diagnóstica de infección activa (PDIA) tipo PCR, TMA o PRAG negativa*

*3. Que la persona haya sufrido la enfermedad dentro de los seis meses anteriores*

*A efectos de lo que establece este apartado, la exhibición de la información a que se refiere únicamente se puede solicitar en el momento de acceso. No se tienen que conservar estos datos ni se pueden crear ficheros.”*

#### **Cuarto**

***Modificación del punto cuarto del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 29 de noviembre de 2021, por el cual se establecen medidas temporales excepcionales en el ámbito de la actividad de determinados establecimientos en función del nivel de alerta sanitaria de la isla donde estén radicados, como medidas temporales excepcionales por razón de salud pública para la contención de la COVID—19***

*Se modifica el punto cuarto del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 29 de noviembre de 2021, por el cual se establecen medidas temporales excepcionales en el ámbito de la*

*actividad de determinados establecimientos en función del nivel de alerta sanitaria de la isla donde estén radicados como medidas temporales excepcionales por razón de salud pública para la contención de la COVID-19, el cual pasa tener la redacción siguiente:*

*“Cuarto Condiciones específicas para el desarrollo de la actividad de determinados establecimientos y locales cuando las islas donde radiquen se encuentren en nivel de alerta sanitaria 1 o superior*

*En los niveles de alerta sanitaria 1 o superior, los requisitos de acceso a establecimientos previstos en el apartado tercero de ese Acuerdo son exigibles a:*

- a) Discotecas, salas de fiesta y salas de baile*
- b) Bares de copas o cafés conciertos y pubs*
- c) Establecimientos de restauración calificables como tales de acuerdo con lo que disponen los artículos 53, 54 y 55 de la Ley 8/2012 de 19 de julio, del Turismo de las Illes Balears, con cabida interior para más de 50 personas. Si estos establecimientos cuentan además con espacios calificables de terrazas cubiertas de conformidad con lo que dispone el punto primero C de este Acuerdo, el interior del establecimiento y la terraza cubierta se consideran locales independientes a efectos del cómputo de las cabidas respectivas.*

*Lo que dispone este apartado es aplicable también en los espacios con servicio de restauración ubicados en alojamientos turísticos, instalaciones deportivas, centros recreativos para gente mayor y locales de juegos y apuestas.*

*d) Establecimientos o locales donde se lleven efecto celebraciones con participación de más de 50 personas y en los cuales se presten actividades de restauración y /o baile.*

*e) Otros espacios habilitados como salas de fiestas, salas de baile, discotecas o como los locales citados en el apartado b) de este punto, con cabida interior superior a 50 personas. Estos establecimientos quedan sujetos en el desarrollo de su actividad a las condiciones que establece el punto segundo de este Acuerdo”*

**SEGUNDO:** El punto décimo del Acuerdo del Consell de Govern de 13 de diciembre de 2021 dispone que, una vez aprobadas por esta Sala las medidas contenidas en dicho

Acuerdo, se publicarán en el BOIB, y surtirán efecto a partir de su publicación, manteniendo su vigencia hasta las 24 horas del día 24 de enero de 2022.

**TERCERO:** De la solicitud presentada se dio traslado al Ministerio Fiscal el cual ha evacuado informe mostrando su conformidad a las medidas solicitadas en dicho Acuerdo de 13 de diciembre de 2021, si bien señala en relación a las pruebas diagnósticas a realizar, que tal y como ya indica la petición, la Administración Sanitaria deberá asumir todos los gastos que aquellas ocasionen, y que los eventuales datos que se obtuvieren en el proceso, no podrán ser almacenados en ficheros ni tratados con ninguna otra finalidad a aquélla para la cual se ha solicitado la presente autorización.

### **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:** Con respecto a la competencia del órgano autor de las medidas, no cabe duda que la Comunidad Autónoma de Illes Balears, a través de su Consejo de Gobierno, 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.

Las mencionadas Leyes autonómicas fueron modificadas por el Decreto-Ley 5/2021, de 7 de mayo, al objeto de que recogieran y quedasen debidamente positivadas, en el ámbito de la legislación autonómica, aquellas medidas específicas que se habían revelado como

especialmente idóneas para atajar, o al menos aminorar, los efectos de la pandemia ocasionada por el COVID-19.

El citado art. 45 atribuye al Gobierno de las Illes Balears la dirección superior de la política de salud. Esto es, el acto procede de la “autoridad sanitaria” que conforme al ya citado art. 3 de la LO 3/1986 de 14 de abril de Medidas Especiales en materia de Salud Pública está facultada para adoptar las medidas que se consideren necesarias para el control de las enfermedades transmisibles. Como sin duda lo es el COVID-19.

De entre las medidas que el Decreto Ley 5/2021, de 7 de mayo, habilita adoptar al Consejo de Gobierno se incluyen las que aquí se someten a consideración. En particular: i) limitaciones de aforo; ii) limitaciones de horarios de apertura y/o cierre de establecimientos, lugares o actividades; iii) el establecimiento de medidas de seguridad sanitaria e higiene en determinados lugares y/o para el desarrollo de actividades; iv) la regulación de las condiciones de apertura, afluencia, personales, mantenidas y temporales de los centros educativos y de ocio y tiempo libre; v) la regulación de aforos en todo tipo de actividades comerciales de restauración y hostelería; vi) la regulación de actividades deportivas, tanto profesionales y federadas como no profesionales, atendiendo al tipo de deporte, aforos y el uso de las instalaciones, y, “Cualesquier otras medidas ajustadas a la legalidad vigente y sanitariamente justificadas”.

Con todo, la mencionada ley 16/2010, de 28 de diciembre, modificada por el Decreto Ley 5/2021 precisa que tales medidas y actuaciones “si afectan a derechos fundamentales, requieren autorización o ratificación judicial, en los términos previstos en la Ley 2/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”

**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 pues en su proporcionalidad, de forma que estas han de guardar un equilibrio entre la finalidad que persiguen, o sea, la salvaguarda de la salud pública, con la intensidad de la limitación del derecho fundamental que se quiere restringir.

**CUARTO:** Debemos señalar cuál es la situación sanitaria que se detalla en la petición planteada e informe adjunto. Los datos facilitados a fecha 10 de diciembre de los corrientes, son los siguientes:

- A) Globalmente la CAIB presenta una incidencia acumulada a 14 días (IA14) en población general de 392'3 casos, lo que supone un nivel de riesgo alto. Y la de personas con más de 65 años es de 195'4. Una tasa de positividad a 7 días del 10'4%.

- B) Por islas, la incidencia a 14 días es la siguiente: Mallorca presenta un IA14 de 398'8 casos; Menorca un IA14 de 559'4 casos; Eivissa un IA14 de 272'7 casos; y Formentera un IA14 de 50'4 casos.

El informe del Comité Autonómico de Enfermedades Infecciosas que se acompaña a la solicitud presentada por la CAIB, desvela que, con fecha 10 de diciembre de 2021, en Menorca, el nivel de riesgo sanitario por contagios se sitúa en el grado elevado, equivalente a un nivel de alerta sanitaria grado 3; la isla de Mallorca se sitúa en nivel de alerta sanitaria de riesgo medio equivalente al grado 2; e Ibiza y Formentera están en nivel de alerta sanitaria bajo, lo que supone el nivel de grado 1.

- C) En cuanto a la situación asistencial, la evolución constata que el aumento de contagios se traduce en un aumento de ocupación de camas. El nivel de riesgo para camas en planta, se sitúa en conjunto de las cuatro islas en un nivel de riesgo bajo, en concreto un 4'4% y la ocupación de camas en UCI es de un 10% cifras que se encuentran en el límite mismo entre el nivel de riesgo bajo y medio.

Desglosados esos datos por islas, Mallorca tiene una ocupación de camas en planta del 4'8%; Menorca de un 3%, e Ibiza de un 2'4%. Todos ellos son índices incluidos en el nivel de riesgo bajo.

En cuanto a camas UCI, Mallorca y Menorca presentan un índice de ocupación del 11'5% y 14'8% respectivamente, y eso supone un nivel de riesgo medio. En cambio, Ibiza y Formentera se encuentran en niveles de nueva normalidad o riesgo controlado, esto es, el 1'6%.

- D) En el momento actual nos encontramos ante una situación de crecimiento sostenido en tasas de contagios de COVID 19, que, si bien hasta el momento no presenta unos datos alarmantes, sí refleja un crecimiento constante en las islas de Mallorca, Menorca e Ibiza, a un ritmo lento, y ello se traduce en un empeoramiento de la situación asistencial especialmente en las islas de Mallorca y

Menorca. Ese crecimiento ha sido más intenso durante la primera semana de Diciembre, donde hay el puente y fiestas.

- E) A fecha 17 de noviembre de 2021 el 85'6% de la población de les Illes Balears mayor de 12 años ha recibido al menos una dosis de la vacuna COVID 19 y un 83'6% tiene la pauta completa de vacunación.

El grupo de población mayor de 70 años tiene un grado de cobertura de vacunación prácticamente universal, cifra que va disminuyendo progresivamente en los grupos de edad inferior, siendo los de cobertura más baja los situados en la franja de entre los 20 a 29 años de edad con un 74'9 % que ha recibido al menos una dosis y la franja entre 30 a 39 años, con un 73'2%.

- F) En cuanto a la problemática residencial, a fecha 8 de diciembre de 2021 hay 27 centros en situación de brote, lo que supone un 37% del total de residencias. Se demuestra con esas cifras un aumento significativo si lo comparamos con el número y porcentaje de afectación a fecha 18 de noviembre pasado, que era de 8 residencias con brotes y un porcentaje del 11% del total de residencias.

Esas cifras se concretan en que, a fecha de 8 de diciembre, hay un total de 1.646 residentes y 1.186 trabajadores contagiados.

La sexta ola del COVID 19 ha provocado hasta la fecha un total de 32 defunciones entre los residentes de dichos centros.

Y en estos momentos hay un total de 4 residentes hospitalizados y 36 trabajadores con infección activa por COVID-19

Las pruebas realizadas de forma periódica a los trabajadores no vacunados asintomáticos en dichos centros, han permitido detectar de forma precoz un total de 27 trabajadores positivos entre los meses de julio y septiembre

La tasa de vacunación entre usuarios y trabajadores de esos centros es muy elevada, por encima del 94 % de los usuarios, y un 92% entre los profesionales. Hay un 6% de usuarios y un 8% de profesionales de dichos centros sin vacunar, de los cuales, un 3'41% de usuarios y un 6'17% de trabajadores, no lo están por rechazo a la vacuna.

- G) En cuanto a la situación pandémica en los centros sanitarios, de salud y hospitalarios el informe revela que en la actualidad hay 143 profesionales sanitarios positivos con infección activa, y otros 228 en vigilancia activa, frente a los 25 profesionales con infección activa y 55 en situación de vigilancia que había el 10 de noviembre pasado.

El índice de vacunación entre esos profesionales sanitarios es muy alto, situándose entre el 93% y el 95%. No obstante, hay un 5 a 7% de profesionales de ese sector que no están vacunados.

**QUINTO: Valoración de la proporcionalidad de la prórroga del Acuerdo de 20 de septiembre de 2021**

La prórroga solicitada de las medidas adoptadas por Acuerdo de 20 de septiembre de 2021, autorizado por esta Sala en Auto nº 253/2021 de 21 de septiembre, afectan a las condiciones excepcionales en el régimen de visitas y salidas en los servicios sociales de tipo residencial, viviendas supervisadas para personas mayores, personas en situación de dependencia y personas con discapacidad, así como la obligación de realizar pruebas de detección del virus SARS COVID 19 al personal que trabaja en esos centros, con una duración limitada hasta el 24 de enero de 2022.

En este caso quedan afectados los derechos fundamentales de igualdad del artículo 14 de la CE, integridad física del artículo 15, e intimidad personal y familiar del artículo 18.

El punto de partida es la doctrina fijada por el TS en su sentencia nº 719/2021 de 24 de mayo. Consideramos que esas medidas excepcionales y de carácter limitado y temporal que

en definitiva buscan una mayor protección al colectivo vulnerable de los ancianos y adultos que residen esos centros, presenta la adecuación, necesidad y proporcionalidad exigibles. La situación de pandemia es subsistente y estamos inmersos en la sexta ola, que ha producido un aumento de contagios en ese sector de población con los riesgos inherentes a la vulnerabilidad de ese colectivo, por lo que la prórroga solicitada resulta justificada. Esas restricciones encuentran su amparo en los artículos 3 de la LO 3/1986, art. 26 de la ley 14/1986 de 25 de abril General de Sanidad y 54 de la ley 33/2011 de 4 de octubre General de Salud Pública.

Además, ya hemos dicho que el Acuerdo de 20 de septiembre de 2021 que adoptó esas medidas cuya prórroga se nos solicita fue autorizado por Auto de esta Sala nº 253/2021 de 21 de septiembre, y sus prórrogas también autorizadas por autos nº 341/2021 de 21 de octubre y 377/2021 de 24 de noviembre. Aquí y ahora autorizamos nuevamente esa prórroga reflejada en el punto primero del Acuerdo de 13 de diciembre de 2021, , con duración hasta las 24 horas del 24 de enero de 2022. Esas medidas son proporcionales y eficaces para combatir la terrible pandemia en ese especial colectivo de la población.

No cabe duda que la especial vulnerabilidad de la tercera edad y/o las personas con discapacidad que reside en esos centros exige, obliga a una especial protección. La facilidad de las mutaciones del coronavirus, su morbilidad acreditada y la facilidad de transmisión o contagio del COVID-19 exige adoptar especiales medidas restrictivas tendentes a proteger sus vidas y asegurarles una indemnidad frente al terrible virus.

**SEXTO: Acerca de la proporcionalidad de la medida de realización de pruebas de detección del SARS-CoV—2 en el ámbito de los centros sanitarios.**

Este TSJ ha tenido ya oportunidad de pronunciarse sobre la proporcionalidad de la medida de realización de pruebas de detección del SARS-COV-2 en relación a los profesionales y trabajadores de los centro o residencias asistenciales. Lo hizo por vez primera el Auto 230/2021 de 26 de agosto dictado por la Sala de Vacaciones que autorizó el Acuerdo del Consell de Govern de 23 de agosto de 2021 que así lo acordó, y después, el Auto de la Sala Contenciosa nº 253/2021 de 21 de septiembre, que autorizó el Acuerdo de 20 de

septiembre de 2021. Con posterioridad, esta misma Sala, ha autorizado sucesivas prórrogas de aquel acuerdo en los autos que hemos señalado ad supra.

No muchas diferencias presenta aquel debate en relación a la petición que ahora se nos plantea. Aquí se establece esa misma obligación sobre los profesionales de la sanidad que trabajan en centros de titularidad pública o privada situados en este territorio balear, realizando su labor en los centros incluidos en el apartado 3 del punto segundo del Acuerdo de 13 de diciembre de 2021.

El Acuerdo establece que dicha obligación recae:

- a) sobre el personal trabajador de nueva incorporación, o que se incorpore al trabajo tras un periodo de permiso vacacional, con independencia de su estado de vacunación. Ese personal vendrá obligado a realizar una prueba con una antelación máxima de 72 horas a su incorporación laboral.
- b) Sobre los trabajadores no vacunados de los centros sanitarios. En este caso, esas pruebas deberán realizarse tres veces por semana, de las que dos serán tipo PCR.

El informe que sustenta el Acuerdo ya señala que los costes de tales analíticas no se cargarán ni imputarán a los trabajadores a quienes se les practique.

Esta medida afecta al derecho fundamental de igualdad previsto en el artículo 14 CE, el derecho a la integridad física del artículo 15 CE, y el derecho fundamental a la libertad personal del artículo 17 CE, pues se somete a esos profesionales sanitarios vacunados y también a los no vacunados, a la obligación de someterse a unas pruebas analíticas de detección del virus, que, para el caso de los no vacunados, es semanal y reiterada.

El colectivo de profesionales sanitarios es, sin duda, un colectivo profesional que ejerce una función esencial en la sociedad, que, desde el inicio de esta pandemia, ha realizado una labor incommensurable. Un número muy importante de esos profesionales han contraído el virus y, desgraciadamente, también algunos han fallecido por esa causa. Y es que su función les sitúa en la primera línea de combate frente a la pandemia.

Es un colectivo especialmente amenazado por la enfermedad por razones obvias de contacto con los pacientes. Pero también esa sinergia se produce a la inversa, pues dichos profesionales son ciudadanos que viven en un entorno y por lo tanto con contactos familiares y sociales, lo que no les exime de la posibilidad de contagio.

Y porque existe ese riesgo de contagio que se da tanto para el personal vacunado como el no vacunado, sin embargo, los informes epidemiológicos que nos aporta la administración sanitaria señalan que el riesgo de padecer la enfermedad en un grado de mayor intensidad se da en las personas no vacunadas frente a las vacunadas, de igual forma que el periodo de transmisión de la enfermedad en los no vacunados es más largo que en el personal vacunado.

Las vacunas no eximen ni protegen con absoluta rotundidad frente al virus, pero sí son una herramienta sumamente eficaz. Eso es un dato estadístico que no es discutible. La prueba es que la letalidad de esa enfermedad ha descendido de forma evidente y notoria, y los contagios, a pesar de ir en aumento, no se traducen en una sobrecarga de los servicios hospitalarios en la misma proporción. Aunque algunos de esos pacientes sí precisan atención médica, muchos de los contagios ya no necesitan un ingreso hospitalario.

No obstante, hay quien libre y voluntariamente, por múltiples razones, dentro de este colectivo profesional decide no vacunarse. Esa decisión es desde luego respetable, y forma parte del derecho fundamental de libertad de las personas y del derecho a la libertad ideológica ambos garantizados en la Constitución.

Ahora bien, esa libertad de esos sanitarios debe cohonestarse con el derecho a la vida y a la salud de los demás. En el caso de ese colectivo, la ponderación de las medidas restrictivas que se adoptan, tanto para el personal vacunado cuando accede por vez primera a su puesto de trabajo o está de regreso de un periodo vacacional, como en el supuesto de los sanitarios que no están vacunados, se consideran medidas adecuadas y proporcionales, porque con ello se permite conocer con exactitud si se está o no contagiado y con ello se evitan ulteriores contagios.

La molestia de esas analíticas es escasa y prácticamente insignificante para los profesionales que se reincorporan tras las vacaciones o a los de nuevo de nuevo ingreso. Y

para los no vacunados, la incomodidad de someterse reiteradamente a tales pruebas se justifica por la gravedad de la situación pandémica, las consecuencias que esa enfermedad causa o puede causar a quien la contrae, y la necesidad de proteger a los pacientes que esos profesionales tratan en dichos centros, personas que por razón de su enfermedad pueden sufrir mayores perjuicios por su situación de debilidad e inclusive de inmunodeficiencia que pueden padecer. Concorre así una causa de justificación objetiva y razonable, pues se trata de la protección de la salud y la vida de las personas. Y el TS (por todas sentencia núm. 1112/2021) resalta la no prevalencia del derecho a la intimidad y del derecho a la protección de los datos personales cuando ello es necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población.

Hay colectivos profesionales en los que puede apreciarse una relación de especial sujeción ante la vacunación, precisamente por causa de la función que desempeñan. Desde luego el colectivo del personal sanitario es uno de ellos. Su función es absolutamente primordial para la sociedad, y su posición, en primera línea frente a la enfermedad, es del todo inevitable. Por ello es un colectivo que merece una especial protección, como así se admitió al ser el primer colectivo que recibió la vacuna, y además, su situación exige una especial atención de su estado de salud, para evitar posteriores contagios a sus pacientes. Eso mismo sucede a la inversa, porque hoy en día es exigible a un paciente que se haga esas mismas pruebas analíticas antes de que se le practiquen intervenciones y actuaciones médicas.

La obligatoriedad del sometimiento a las indicadas pruebas diagnósticas al personal sanitario no vacunado comporta una tenue limitación de los derechos fundamentales a quienes por Ley les corresponde la obligación de participar activamente en la prevención de enfermedades (art. 4.4 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre). La adopción de pruebas o reconocimientos de salud del empleado, incluso en contra de su voluntad cuando pueda poner en riesgo la salud de terceros, se contempla con naturalidad en el art. 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, por lo que con mayor razón está justificada ante una pandemia y en personal que le incumbe un especial deber de colaboración (art. 19.f y m de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud).

Naturalmente esas pruebas de detección analítica no supondrán ningún desembolso económico para esos profesionales como ya prevé el informe que sustenta el acuerdo.

Tampoco la Administración podrá crear ficheros de datos, ni tener esos resultados ningún otro destino o utilidad, pues como bien indica el Ministerio Fiscal, ello sí sería desproporcionado y no obedecería a la finalidad para la cual se adopta y autoriza esta concreta medida restrictiva. Lo contrario sí constituiría una vulneración del derecho fundamental de esas personas en cuanto a la protección de los datos de carácter personal que les garantiza el artículo 18-4 de la CE. Por tal razón se incluirá dicha precisión en la parte dispositiva de esta resolución.

Por lo tanto, autorizamos, con el inciso señalado, las medidas adoptadas en el punto segundo del Acuerdo de 13 de diciembre de 2021, medidas que se consideran proporcionales y adecuadas y tendrán una duración hasta las 24 horas del día 24 de enero de 2022.

**SEPTIMO:** Por último el Acuerdo de 13 de diciembre de 2021 acuerda en los puntos tercero y cuarto sendas modificaciones puntuales de los puntos tercero y cuarto respectivamente del Acuerdo del Consell de Govern de 29 de noviembre de 2021 que fue autorizado por esta Sala por Auto de 1 de diciembre pasado.

Tales modificaciones obedecen a una mayor claridad de lo acordado en su día. Y es que con la redacción del Acuerdo de 29 de noviembre de 2021 surgieron dudas en torno a si la necesidad de exhibir los certificados digitales de vacunación en las actividades en que así se acordaba, afectaba sólo a la clientela o incluía también a los empleados de dichos negocios. También con la redacción del punto Cuarto de aquel acuerdo se discutió el ámbito de actividades de restauración que quedaban afectadas por esa medida.

La redacción del punto tercero del Acuerdo de 13 de diciembre de 2021 que modifica el punto tercero del Acuerdo de 29 de noviembre pasado, establece con claridad que la obligación de exhibición del certificado digital covid lo es sólo para los clientes, que no para los empleados de esas actividades.

Y el punto cuarto modifica el correlativo del Acuerdo de 29 de noviembre pasado, de forma que con la redacción actual, ese apartado es de aplicación a los establecimientos de restauración contemplados en los artículos 53, 54 y 55 de la ley 8/2012 de 19 de Julio de Turismo.

En la función que aquí nos corresponde, exclusivamente la valoración de la proporcionalidad de tales modificaciones, nos remitimos a lo ya dicho en el Auto de 1 de Diciembre pasado, y añadimos que los concretas modificaciones efectuadas no constituyen vulneración de la proporcionalidad de dichas medidas. En lo relativo al punto tercero porque precisamente se excluye al colectivo de trabajadores cuyos derechos laborales se verían conculcados de obligarse a esa exhibición. Por el contrario, se limita la exhibición de ese pasaporte digital a las personas que libre y voluntariamente acuden como clientes a esos locales.

Y en relación al punto cuarto, que detalla las actividades de restauración que vienen obligadas a exigir ese certificado, debemos reiterar lo ya expuesto en el fundamento jurídico sexto del auto de 1 de Diciembre que concluyó que la medida estaba justificada y decía:

*1º) La documentación cuya exhibición se requiere reviste una triple modalidad, asequible a todos, de modo que quien no quiere mostrar si ha sido o no vacunado, puede presentar documentación alternativa.*

*2º) Los derechos de quien dispone de uno de los medios de acreditación del punto Tercero, únicamente se ven comprometidos en lo que se refiere a la mera exhibición de unos datos sobre su salud de los cuales el establecimiento no guarda registro alguno, esto es, supone invasión muy tenue en el derecho a su intimidad personal (art. 18 CE) que, además, se ve compensada con el libre acceso a tales espacios y actividades.*

*3º) Los derechos de quien no dispone de uno de los documentos requeridos son los derechos de quien ha optado por primar su libertad personal sobre el bienestar colectivo, y en la valoración de la proporcionalidad de la medida limitativa de su libertad personal (art. 17 CE), importa señalar: i) que se le respeta el derecho a no someterse a alguna de las medidas cuya acreditación documental se exige (vacunación o pruebas diagnósticas); ii) que si de algún modo se entiende que con la inconveniencia de no poder acceder a determinados locales se está condicionando la libertad de elección de quien opta por no someterse a tales medidas, no podemos sino valorar que la inmisión en este espacio de libertad de elección es tenue, limitado (acceso a recintos cerrados), para una actividad no esencial (de ocio o tiempo*

*libre) y que está justificada objetiva y razonablemente en la protección de la salud y la vida de las personas, al tratarse de medida que restringe la propagación de pandemia.*

*A lo anterior debe añadirse que el acuerdo prevé la adaptación del ámbito objetivo de la medida a la situación epidemiológica de cada momento, de modo que la extensión de las actividades afectadas se conecta al nivel de alerta sanitaria.*

En definitiva, autorizamos también los puntos tercero y cuarto del Acuerdo del Consell de Govern de 13 de Diciembre de 2021 que tendrán una duración temporal hasta las 24 horas del día 24 de enero de 2022.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación

## **LA SALA ACUERDA**

**AUTORIZAMOS** las medidas acordadas en el Acuerdo del Consell de Govern de 13 de diciembre de 2021 en sus puntos primero, segundo, tercero y cuarto, con la duración desde su publicación en el BOIB hasta las 24 horas del día 24 de enero de 2022.

Los datos que se obtengan en el proceso para la aplicación de la medida contenida en el punto segundo no podrán ser almacenados en ficheros ni tratados con ninguna otra finalidad distinta a aquella para la cual se ha solicitado autorización.

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 los Ilmos. Sres. Magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, anotados al margen, ante mí, la Letrada de la Administración de Justicia, que doy fe.

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.