



JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO Nº 2
C/ Málaga nº2 (Torre 1 - Planta 3ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 11 61 56
Fax.: 928 42 97 12
Email: conten2lpgc@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento abreviado
Nº Procedimiento: 0000142/2023
NIG: 3501645320230000819
Materia: Actividad administrativa. Sanciones
Resolución: Sentencia 000159/2023
IUP: LC2023005071

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Demandante		Cristina Armas Suarez	
Demandado	Servicio Canario de Salud	Serv. Jurídico CAC LP	

SENTENCIA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 7 de julio de 2023.

Visto por el Ilmo. Sr./Sra. D./Doña XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX MAGISTRADO/A-JUEZ del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2, el presente Procedimiento abreviado 0000142/2023, tramitado a instancia de D./Dña. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, representado/a y asistido/a por el/la abogado D./Dña. CRISTINA ARMAS SUAREZ, y como demandado/a el/la SERVICIO CANARIO DE SALUD, representado/a y asistido/a por el/la abogado/a D./Dña. SERV. JURÍDICO CAC LP, versando sobre Actividad administrativa. Sanciones, SIENDO LA CUANTÍA DEL PROCEDIMIENTO DE 3001 EUROS

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden del Consejero de Sanidad de 9 de febrero de 2023, notificada a esta parte el día 2 de marzo de 2023, dictada en el Expediente Sancionador nº59/2022/GC al entender que la misma no se ajusta a derecho.

Admitido a trámite el recurso, reclamándose el expediente a la Administración demandada, se convocó a las partes al acto del juicio.

SEGUNDO.- En el acto del juicio, al que asistieron las partes mencionadas en el acta, el recurrente se ratificó en su escrito de demanda mientras que la Administración demandada interesó la desestimación del recurso, según los hechos y fundamentos de derecho alegados en dicho acto, practicándose a continuación la prueba declarada pertinente, con el resultado que obra en autos, tras lo cual, previas conclusiones de las partes, se declararon conclusos para Sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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 requieren un especial deber de tutela 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.





PRIMERO.- Por el recurrente se solicita el dictado de una Sentencia por la que se declare la nulidad de la sanción, todo ello con expresa imposición de condena en costas a la demandada. Alega la parte que dicha sanción se impone con base en una norma, la ORDEN de 29 de noviembre de 2021 dictada por la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias, que afecta a los derechos de igualdad ante la ley (art.14 CE), el derecho a la integridad física y moral(art.15 de la CE) y el derecho a la intimidad personal y corporal y a la protección de datos, por lo que entiende que debía ser objeto de ratificación judicial del TSJ de Canarias en virtud de lo dispuesto en el art.10.8 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, habiéndose omitido el trámite judicial previo ante el TSJ de Canarias por parte de la Administración, la sanción impuesta al recurrente es nula de pleno derecho.

Por la Administración demandada, se interesa la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución dictada, al ser ajustada a derecho.

SEGUNDO.- A la parte actora se le sanciona conforme a lo establecido en el art 5.1 de la Ley 1/2021, de 29 de abril, por la que se establece el régimen sancionador por incumplimiento de las medidas de prevención y contención frente al COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Canarias, en relación al art 6.2.B)9 del mismo texto legal. Dicho precepto señala:

9. La obstaculización de cualquier actividad inspectora o la comprobación relativa a los hechos; la resistencia a suministrar datos o la obstrucción a facilitar datos, así como el proporcionar información inexacta o falsa a los agentes de la autoridad o autoridad competente; o la negativa a colaborar con la autoridad sanitaria, los agentes de la autoridad correspondientes, policía local, Cuerpo General de la Policía Canaria y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que se encuentren en el ejercicio de su empleo o cargo.

Es la **Orden de 29/11/2021** la que impone la realización de cribados mediante pruebas diagnósticas de infección activa (PDIA) a los pasajeros y pasajeras que entren en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias procedentes del resto del territorio nacional, por vía aérea o marítima, para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2.

Por tanto es el incumplimiento de dicha Orden la que determina que se imponga la sanción a la parte actora.

El argumento de la parte actora, se basa en esencia en el hecho de que conforme al art 10.8 de la LJCA, existía la obligación de ratificar dicha Orden, y las medidas contenidas en ella y consecuentemente, la falta de ratificación de dicha orden por parte del TSJCA, determina la nulidad del contenido de aquella, por lo que no tiene eficacia y consecuentemente no cabe la comisión de la infracción.

Efectivamente el invocado precepto señala:

“8. Conocerán de 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.»



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 tutela 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.



Sin embargo, este art 10.8 de la LJCA, que fue introducido por la reforma de la Ley 3/2020 ha sido declarado inconstitucional, por sentencia del pleno del TC **de fecha 2/7/2022**, resolución que establece:

“7. *Inconstitucionalidad y nulidad del art. 10.8 LJCA.*

La exigencia, contenida en el cuestionado art. 10.8 LJCA, de autorización judicial para que puedan ser aplicadas las medidas generales adoptadas por las administraciones competentes a fin de proteger la salud pública, supone atribuir a las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia una competencia que desborda totalmente la función jurisdiccional de los jueces y tribunales integrantes del poder judicial (art. 117.3 CE), sin que pueda encontrar acomodo en la excepción prevista en el art. 117.4 CE, a tenor de lo antes señalado. La garantía de los derechos fundamentales a que este precepto constitucional se refiere no puede justificar la atribución a los tribunales del orden contencioso-administrativo de una competencia ajena por completo a la función jurisdiccional, reservada en exclusiva a jueces y tribunales, como lo es la regulada en el precepto cuestionado, que determina una inconstitucional conmixtión de la potestad reglamentaria y la potestad jurisdiccional.

En efecto, el art. 10.8 LJCA quebranta el principio constitucional de separación de poderes, al atribuir esa norma a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo funciones ajenas a su cometido constitucional (arts. 106.1 y 117 CE), con menoscabo de la potestad reglamentaria que la Constitución (y los respectivos estatutos de autonomía) atribuye al Poder Ejecutivo (art. 97 CE), sin condicionarla al complemento o autorización de los jueces o tribunales para entrar en vigor y desplegar eficacia, bastando para ello la publicación en el correspondiente diario oficial. La potestad reglamentaria se atribuye por la Constitución (y por los estatutos de autonomía, en su caso) al Poder Ejecutivo de forma exclusiva y excluyente, por lo que no cabe que el legislador la convierta en una potestad compartida con el Poder Judicial, lo que sucede si se sujeta la aplicación de las normas reglamentarias al requisito previo de la autorización judicial.

A los tribunales de justicia les corresponde el control de legalidad de las normas reglamentarias [arts. 106.1, 117.3 y 153 c) CE], pudiendo, en consecuencia, anularlas, o inaplicarlas, cuando las consideren contrarias a la ley (STC 209/1987, FJ 3). Específicamente, ese control compete a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa (SSTC 83/1984, de 24 de julio, FJ 5; 141/1985, de 22 de octubre, FJ 2, y 224/1993, de 1 de julio, FJ 4, por todas), control que se ejerce, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, tanto en el supuesto de impugnación directa de las disposiciones de carácter general, como en el de la impugnación de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas (impugnación indirecta). De ningún modo les corresponde a los jueces y tribunales integrantes del poder judicial injerirse en las tareas constitucionalmente reservadas a otro poder del Estado, como lo es la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo (art. 97 CE). El principio constitucional de separación de poderes no consiente que el legislador convierta una potestad atribuida por la Constitución al Poder Ejecutivo en una potestad compartida con los tribunales de justicia integrantes del poder judicial. La potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo deja de ser tal si las normas emanadas al amparo de esa potestad constitucional exclusiva quedan privadas de



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 tutela 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.



un atributo esencial como lo es el de desplegar efectos por sí mismas, sin la intervención de otro poder público. Al Poder Judicial corresponde, pues, una función revisora, en cuanto la Constitución le encomienda el control «de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican» (art. 106.1 CE), y ese control se ejerce a posteriori, no a priori. El Poder Judicial no es, en fin, cogobernante o copartícipe del ejercicio de la potestad reglamentaria. Esta potestad, que el art. 97 CE atribuye al Gobierno, no está, ni puede estarlo, sujeta a permiso o autorización de otro poder, pues en tal caso dejaría de ser una potestad constitucional exclusiva, al no poder desplegar efectos por sí misma.

La autorización judicial de las disposiciones administrativas generales dictadas para la protección de la salud pública que establece el precepto cuestionado implica decisivamente a los tribunales de justicia en la puesta en marcha de medidas de política sanitaria y produce una inconstitucional confusión de las funciones ejecutiva y judicial, que despoja al Poder Ejecutivo de la potestad reglamentaria que tiene constitucionalmente atribuida (art. 97 CE) y al mismo tiempo compromete la independencia del Poder Judicial (arts. 117.1, 124.1 y 127.2 CE), al hacerle corresponsable de la decisión política que solo al Poder Ejecutivo corresponde. Además, impide o dificulta la exigencia de responsabilidades jurídicas y políticas a las autoridades administrativas, vulnerando así el principio de responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), directamente relacionado con el principio de separación de poderes, como ya se dijo, así como el pleno control judicial de las administraciones públicas previsto por la Constitución [arts. 106.1, 117.3 y 153 c) CE].

La confusión es innegable, pues se trata de disposiciones de carácter general dictadas por el Poder Ejecutivo, cuyo cumplimiento se impone a un número indeterminado de personas durante un período de tiempo indefinido, pero que necesitan del complemento de la autorización expresa de un órgano judicial para desplegar eficacia. Las medidas sanitarias generales aprobadas por el Poder Ejecutivo competente, verdaderos reglamentos urgentes de necesidad, se configuran como válidos desde la aprobación gubernamental, pero no son eficaces ni, por tanto, aplicables hasta que no reciben la autorización judicial, de acuerdo con la norma legal cuestionada. Ello supone, asimismo, un menoscabo cierto para el principio constitucional de eficacia al que está sujeta la actuación de las administraciones públicas (art. 103.1 CE) y por ende su potestad reglamentaria, en forma de ejecutoriedad, pues la exigencia de autorización judicial dificulta y demora la aplicación de unas medidas orientadas a la protección de la salud pública que se pretenden urgentes y que por tanto requieren una aplicación inmediata. Se añade a lo anterior que, mientras que las normas reglamentarias solo precisan de la publicación en el correspondiente diario oficial para su vigencia y eficacia, las resoluciones de los tribunales de justicia que, conforme al precepto cuestionado, autorizan unas determinadas medidas generales sanitarias, en todo o en parte, no son objeto de publicación oficial, con el consiguiente menoscabo a su vez de los principios de publicidad de las normas y de seguridad jurídica consagrados por el art. 9.3 CE.

Por otra parte, la atribución efectuada por la Ley 3/2020 a los tribunales de justicia del orden contencioso-administrativo para que autoricen medidas sanitarias de alcance general que limitan o restringen derechos fundamentales (art. 10.8 LJCA) excede de los márgenes previstos por el art. 117.4 CE. Como se dijo en la citada STC 108/1986, FJ 6, la Constitución



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 tutela 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.



impone un «estricto acantonamiento» de los jueces y magistrados en su función jurisdiccional. La atribución de otras funciones que la ley les pueda atribuir en garantía de cualquier derecho (art. 117.4 CE) ha de respetar los límites ínsitos en el principio de separación de poderes y no debe permitir, en ningún caso, que por motivo del ejercicio de esa garantía de derechos, «la exclusividad y la independencia de la función jurisdiccional queden menoscabadas» (STC 150/1998, de 2 de julio, FJ 2).

La «garantía de cualquier derecho» a la que se refiere el art. 117.4 CE a fin de permitir, por excepción, la asignación por ley de funciones no jurisdiccionales a los juzgados y tribunales, es un remedio estricto, individualizado o concreto, muy distinto de la intervención judicial ex ante prevista en el precepto cuestionado, que tiene carácter de control de legalidad preventivo y abstracto de una disposición general (que afecta a un número indeterminado de destinatarios), como lo confirma la citada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, al señalar que, en el proceso de autorización judicial previsto en los arts. 10.8, 11.1 j) y 122 quater LJCA, el juicio del tribunal competente «ha de quedar circunscrito a la constatación preliminar de los aspectos externos y reglados de la actuación administrativa y, todo lo más, a una verificación prima facie de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas dispuestas. A falta de contradicción y de una prueba plena, no cabe aquí un examen a fondo» [STS núm. 719/2021, de 24 de mayo, fundamento de Derecho 4 B), cuya doctrina resume y reitera la STS núm. 1092/2021, de 26 de julio, fundamento de Derecho 5].

Como consecuencia de ello, entiende el Tribunal Supremo que la autorización judicial que llegue a acordarse, «si bien hará eficaces y aplicables las medidas correspondientes, no podrá condicionar de ningún modo el control de la legalidad que se efectúe a través del recurso contencioso-administrativo, si es que se interpone por quien tenga legitimación para ello» [STS núm. 719/2021, de 24 de mayo, fundamento de Derecho 4 B)]. Dicho de otro modo, esa eventual autorización judicial «no excluye la posibilidad de que cualquier persona que ostente un interés legítimo pueda después impugnar las medidas sanitarias judicialmente ratificadas mediante el recurso contencioso-administrativo. En otras palabras, el control judicial preventivo no es un examen exhaustivo de la legalidad de la actuación, ni por supuesto cercena el derecho a la tutela judicial efectiva de cualquier persona afectada por las medidas ratificadas» [STS núm. 788/2021, de 3 de junio, fundamento de Derecho 5].

Por tanto, es notorio que, al establecer el precepto cuestionado un control jurisdiccional ex ante y abstracto, esa previsión legal no puede encontrar acomodo en el art. 117.4 CE, que limita su alcance a la atribución a los jueces y tribunales de funciones no jurisdiccionales y no puede suponer en ningún caso la atribución al Poder Judicial de competencias que dejen en entredicho su independencia y menoscaben las constitucionalmente atribuidas a otros poderes públicos. Lo que prevé la norma legal cuestionada es un control jurisdiccional preventivo (limitado esencialmente a verificar la proporcionalidad de las medidas generales en materia sanitaria), que se erige en condición de eficacia de la disposición reglamentaria urgente de que se trate, despojando así al Poder Ejecutivo de su potestad reglamentaria y convirtiendo a los tribunales de justicia en copartícipes de esa potestad, en contravención de las previsiones contenidas en los arts. 97, 106.1 y 117 CE. Por lo demás, de la conjunción de estos preceptos constitucionales se infiere que el constituyente se ha decantado por un sistema en el que el control judicial de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo ha de producirse ex post. El



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 tutela 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.



control preventivo, *ex ante*, que establece la norma cuestionada, quebranta ese mandato constitucional, sin que la posibilidad de un posterior recurso contencioso-administrativo por parte de cualquier legitimado contra las medidas previamente autorizadas (o contra los actos que las apliquen), desvirtúe esa conclusión. Ese eventual control judicial a posteriori se verá inevitablemente condicionado, en buena parte, por lo resuelto en el control preventivo que autorizó las medidas sanitarias (en cuanto a la existencia de habilitación legal para acordar las medidas, la competencia de la administración que las ha dictado y la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas propuestas).

En suma, la autorización judicial de las medidas sanitarias de alcance general prevista en el cuestionado art. 10.8 LJCA, que además no tiene respaldo en ninguna ley sustantiva, provoca una reprochable confusión entre las funciones propias del Poder Ejecutivo y las de los tribunales de justicia, que menoscaba tanto la potestad reglamentaria como la independencia y reserva de jurisdicción del Poder Judicial, contradiciendo así el principio constitucional de separación de poderes, consustancial al Estado social y democrático de Derecho (arts. 1.1, 97, 106.1 y 117 CE).

Esa inconstitucional conmixión de potestades quebranta también el principio de eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) y limita o dificulta igualmente, como ya se dijo, la exigencia de responsabilidades políticas y jurídicas al Poder Ejecutivo en relación con sus disposiciones sanitarias generales para la protección de la salud pública, en detrimento del principio de responsabilidad de los poderes públicos, consagrado en el art. 9.3 CE. Quiebra, asimismo, como también hemos señalado, los principios constitucionales de publicidad de las normas y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), dado que las resoluciones judiciales que autorizan, en todo o en parte, esas disposiciones generales en materia sanitaria no son publicadas en el diario oficial correspondiente, lo que dificulta el conocimiento por parte de los destinatarios de las medidas restrictivas o limitativas de derechos fundamentales a las que quedan sujetos como consecuencia de la autorización judicial de esos reglamentos sanitarios de necesidad.

Conviene advertir que la norma controvertida, al igual que ha sucedido con otras iniciativas normativas anteriores, responde a la necesidad de adoptar medidas que contribuyan a preservar la salud y seguridad de los ciudadanos ante la grave situación creada por la pandemia del Covid-19. En tal sentido, el legislador entendió que la autorización judicial de las medidas sanitarias urgentes de alcance general, encaminadas a proteger la salud pública, que implicaren restricción o limitación de derechos fundamentales, podía constituir un instrumento jurídico idóneo para garantizar la proporcionalidad de esas medidas en cada caso. Por otra parte, como ya se dijo, el precepto legal cuestionado venía así a dar expresa cobertura normativa a la práctica seguida por las comunidades autónomas tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 21/2020 de solicitar a la jurisdicción contencioso-administrativa la autorización para la puesta en práctica de medidas de protección frente al Covid-19 que pudiesen afectar a derechos o libertades fundamentales y cuyos destinatarios no estuviesen identificados individualmente.

Pero no está en discusión el propósito garantista que animaba al legislador para establecer la regulación impugnada, sino determinar la adecuación del precepto cuestionado a los mandatos



constitucionales. La inconstitucionalidad del art. 10.8 LJCA, en la redacción introducida por la Ley 3/2020, resulta, en último término, de la innegable confusión que ocasiona de las funciones ejecutiva y judicial, menoscabando la potestad reglamentaria que al Poder Ejecutivo corresponde, al tiempo que compromete la independencia del Poder Judicial, como ha quedado razonado. Consecuentemente, el art. 10.8 LJCA, redactado por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, debe ser declarado inconstitucional y nulo”.

Partiendo de lo expuesto, cabe concluir que la declaración de inconstitucionalidad y consecuente nulidad del art 10.8 de la LJCA, determina su eliminación del mundo jurídico, y consecuentemente el que la necesaria ratificación judicial de las medidas limitadoras de derechos fundamentales, deje de tener virtualidad en cuanto a la validez de dichas medidas, que serían plenamente aplicables sin necesidad de esta ratificación.

CUARTO.- Ahora bien, la sentencia que expulsa tal precepto del ordenamiento jurídico, nada dice en lo que se refiere a los efectos temporales de tal pronunciamiento.

El artículo 164.1 de la Constitución Española de 1978 establece que "las sentencias del Tribunal Constitucional se deben publicar en el Boletín Oficial del Estado y **que tendrán efectos de cosa juzgada a partir del día siguiente al de su publicación**". Por su parte, el art. 38.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional establece que "las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado". El artículo 39.1 de la LOTC, sigue diciendo que "cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia", pero el precepto no dice nada de a partir de cuándo producirá efectos la declaración de nulidad, como si hace el art. 38.1, respecto a la declaración de inconstitucionalidad.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de Junio de 2017, dictada en el recurso de casación número 2739/2015 señaló al respecto: " en nuestro modelo de justicia constitucional los efectos "erga omnes" que se derivan de un fallo que declara la inconstitucionalidad de una norma **no están dotados de carácter retroactivo** ni conducen a la revisión de las situaciones consolidadas que se han producido al amparo de la norma que se entiende que es inconstitucional, salvo que se trate de supuestos de normas de carácter sancionador, a los que se refiere el art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Así lo hemos declarado en los recientes autos de 31 de enero de 2017, que rechazan incidentes de nulidad de actuaciones respecto de sentencias que revisaban otras del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, desestimatorias de recursos interpuestos contra Órdenes Forales que habían denegado la solicitud de declaración de nulidad de pleno derecho presentada contra liquidaciones firmes.

Concretamente señalábamos lo siguiente:

"SEGUNDO.- Artículo 40 LOTC . El artículo 40.1 LOTC , incorpora una previsión encaminada a preservar el principio constitucional de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE , según la cual las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permiten revisar procesos fenecidos mediante sentencias con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de la norma declarada inconstitucional, salvo en los casos de los procesos penales o contencioso-



administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad. Como ha venido señalando el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias (Cfr. STC 45/1989, de 20 de febrero) es preciso distinguir entre procesos en curso o pendientes de decisión cuando se produce la declaración de inconstitucionalidad, situaciones ya firmes cuando se produce tal declaración y el valor de la doctrina establecida por dicho Tribunal en relación con la jurisprudencia de los órganos judiciales. En el primer caso, todos los poderes públicos, incluidos, claro está, los tribunales se ven vinculados por la declaración de inconstitucionalidad y consecuente nulidad de la norma desde la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Boletín Oficial del Estado (artículo 38.1 LOTC). En el segundo supuesto, las situaciones consolidadas, entrelas que se incluyen no solo las decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada sino también las actuaciones administrativas firmes, no son susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la declaración de nulidad que implica la inconstitucionalidad apreciada en la sentencia del Tribunal Constitucional ", postura que fue ratificada por el propio TS en auto dictado en fecha 12 de septiembre de 2017 desestimando el incidente de nulidad promovido por el recurrente."

Pues bien, en el presente caso, si bien al momento de dictarse la Orden por la que se resuelve el recurso de alzada contra la resolución sancionadora que nos ocupa, la sentencia del TC ya tenía plena eficacia, lo que determina que en ese momento la nulidad del art 10.8 de la LJCA surtía plenitud de efectos, no podemos perder de vista que estamos en un proceso sancionador, donde la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la norma, opera de forma desfavorable al administrado.

Teniendo esto presente, lo cierto es que en el momento en el que ocurren los hechos, la normativa en vigor exigía la ratificación de la Orden de 29/11/2021 para que las medidas contenidas en ella pudieran exigirse a los ciudadanos. Y tal y como señaló el TS la autorización judicial que llegara a acordarse, era la que haría **eficaces y aplicables las medidas correspondientes**, constituyéndose como un control preventivo, ex ante.

Si tenemos en cuenta que la Orden de 29/11/2021 que establecía las medidas cuyo cumplimiento se exigió a la demandante, no fue objeto de la correspondiente autorización judicial, y que esta era el presupuesto necesario para que resultaran aplicables a la ciudadanía, debemos concluir que las mismas no podían serle exigidas, y que consecuentemente, en el momento en el que ocurren los hechos no existía la obligación, ni de aportar los datos sanitarios que se le exigían ni de someterse a prueba alguna.

Por ello, el comportamiento de la actora descrito en el acta de infracción, no puede ser considerado constitutivo de la infracción que se le imputa, ya que se basa en la negativa a cumplir con unas exigencias, que en aquel momento, sencillamente, no le eran exigibles.

Hacer lo contrario, es menoscabar el principio de seguridad jurídica consagrado por el art. 9.3 CE, sancionando un hecho con base en la nulidad posterior de una norma que excluía la tipicidad de la conducta en el momento en el que era cometida.

Por ello, cabe concluir que la demandante, cuando se niega a hacerse las pruebas u aportar los datos médicos que se le solicitan, no tenía obligación legal alguna de someterse a dichas



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 tutela 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.



pruebas, ya que, insisto, la norma que las imponía no era aplicable por cuanto no había sido ratificada por el TSJCA, y por ello su conducta no puede ser considerada ni constitutiva de infracción que se le imputa, ni merecedora de la sanción que se le impone, por lo que procede estimar la demanda y declarar la nulidad del acto impugnado.

TERCERO.- No se imponen las costas a ninguna de las partes habida cuenta las dudas de hecho y de derecho que suscita la presente cuestión, conforme al artículo 139 LJCA,

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **ESTIMANDO** el recurso interpuesto por la representación de D.XXXXXXXXXX, se declara la nulidad de la resolución identificada en el Antecedente de Hecho primero de esta resolución, imponiendo a la administración el pago de costas procesales.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Llévese testimonio a los autos y archívese el original, devolviéndose el expediente a su lugar de origen.

Así por esta mi Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.