



Roj: **ATSJ AR 77/2020 - ECLI:ES:TSJAR:2020:77A**

Id Cendoj: **50297330012020200006**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **03/12/2020**

Nº de Recurso: **332/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JUAN JOSE CARBONERO REDONDO**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 332/2020 RECURSO DE REPOSICIÓN DEL GOBIERNO DE ARAGON

AUTO

EN ZARAGOZA, A 3 DE DICIEMBRE DE 2020

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES: PRESIDENTE : D. JUAN CARLOS ZAPATA HÍJAR MAGISTRADOS: D. JESÚS MARÍA ARIAS JUANA D. JAVIER ALBAR GARCÍA D. JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO (PONENTE)

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Aragón, el recurso de reposición interpuesto en autos de Procedimiento Ordinario nº 332/2020, a instancia del Letrado del Gobierno de Aragón, frente al auto de esta Sala de 10 de octubre de 2020 por el que se denegó autorización respecto de la Orden de la Consejería de Sanidad de 7 de octubre de 2020, por la que se adoptan medidas en materia de movilidad por razones de salud pública para la contención del rebrote del COVID-19 en el municipio de La Almunia de Doña Godina (Zaragoza), en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal, según los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito con sello de entrada en esta Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 7 de octubre de 2020, se solicitó autorización prevista en el artículo 10.8 de la LJCA, introducido por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, respecto de la Orden de la Consejería de Sanidad de 7 de octubre de 2020, por la que se adoptan medidas en materia de movilidad por razones de salud pública para la contención del rebrote del COVID-19 en el municipio de La Almunia de Doña Godina (Zaragoza).

SEGUNDO.- Evacuados los oportunos traslados en el referido trámite, en fecha de 10 de octubre de 2020, por esta Sala y sección, se dictó auto en la que se denegó la autorización solicitada respecto de la Orden antedicha, por, al entender de la Sala, carecer la autoridad ordenante de competencia al efecto, a la luz de la interpretación que se efectúa del artículo 3 de la L.O. 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública.

TERCERO.- Frente al referido auto se ha interpuesto recurso de reposición tanto por el Letrado del Gobierno de Aragón, como por el Ministerio Fiscal, en los términos en que constan en el presente procedimiento, en esencia y dejando al margen los motivos de carácter procesal o formal que plantea el Ministerio Fiscal en su recurso, sobre la base de la plena cobertura y amparo de la Orden en la cláusula final del artículo 3 de la L.O. 3/1986 de continua cita.

CUARTO.- Evacuados los traslados a que la interposición de los respectivos recursos de reposición dieron lugar, por providencia de esta Sala y sección de 4 de noviembre de 2020, se acordó la suspensión del plazo para resolver los recursos de reposición interpuestos, dando traslado a las partes y al Ministerio Fiscal, conforme a lo dispuesto en los artículos 35 y 163 de la LOTC, para alegaciones sobre la pertinencia del



planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad del artículo 10.8 de la LJCA, introducido por Disposición Final Segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, por posible vulneración de los artículos 106 y 117.3 y 4 de la Constitución española de 1978, así como de los artículos 9.3 -principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos- y 81.1 - reserva de Ley Orgánica del desarrollo de derecho fundamental- en relación con el

QUINTO.- Evacuado el trámite conferido, la Letrada del Gobierno de Aragón solicitó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. El Ministerio Fiscal, alegó que concurrían los iniciales requisitos legales y procesales exigidos para el planteamiento, en su caso, de la cuestión de inconstitucionalidad, sin perjuicio de que, sin embargo, no procedía su admisión, dado que planteándose la cuestión en trámite de recurso de reposición, se hace después de haber sido objeto de aplicación la ley cuya constitucionalidad se cuestiona.

Ha sido Ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sala, D. Juan José Carbonero Redondo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se plantea, conforme a lo dispuesto en los artículos 35 y 163, ambos de la LOTC, cuestión de inconstitucionalidad de la Disposición Final Segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, por el que se introduce el apartado octavo en el artículo 10 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por posible vulneración de los artículos 106 y 117.3 y 4 de la Constitución española de 1978.

La controversia que sustenta el planteamiento de la cuestión ha sido sucintamente expuesta en los hechos de la presente resolución. La Orden de 7 de octubre de 2020 del Departamento de Sanidad del Gobierno de Aragón por la que se adoptan medidas en materia de movilidad por razones de salud pública para la contención del rebrote de COVID-19 en el municipio de La Almunia de Doña Godina (Zaragoza), es sometida, en cumplimiento del artículo 10.8 de la LJCA a previa autorización por la Sala de lo contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Aragón, habida cuenta que contiene medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que implican limitación o restricción de derechos fundamentales, no estando sus destinatarios identificados individualmente. Se trata de la autorización previa de una medida de "confinamiento perimetral" de la citada localidad. Confinamiento perimetral que conlleva una limitación de desplazamiento de las personas residentes en el término municipal afectado, dado que se prohíben las entradas y salidas a y del mismo durante el tiempo de su vigencia, salvo para determinadas y concretas actividades, en esencia, por razones laborales, educativas y asistenciales, manteniendo libre la movilidad y desplazamiento de la población en el interior del término.

Como se ha apuntado, la autorización solicitada fue denegada en tanto que la Sala no encontró encaje para la medida acordada en la cláusula general subsidiaria del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas de Salud Pública.

Es en el trámite de recurso de reposición que se interpone frente a nuestro auto de 10 de octubre de 2020 cuando se plantea la posible inconstitucionalidad del nuevo artículo 10.8 de la LJCA, introducido por la D.F. 2ª de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre.

SEGUNDO.- Por razones de orden lógico en el desarrollo del razonamiento, habremos de hacer examen, en primer lugar, del necesario juicio de relevancia que debe concurrir, más teniendo en cuenta que el Ministerio Fiscal pone en duda la oportunidad y acierto del planteamiento de la cuestión en este momento, cuando, dice, el precepto ha sido ya aplicado por la propia Sala para resolver.

La Sala no desconoce la doctrina de ese Tribunal Constitucional cuando viene a decir que "la cuestión de inconstitucionalidad presenta en nuestro ordenamiento carácter prejudicial y... por tanto, su planteamiento en relación con una norma que ya ha sido aplicada en el propio proceso por el órgano proponente conduce a su inadmisión (AATC 361/2004, de 21 de septiembre, FJ 4; 134/2006, de 4 de abril, FJ 2; 184/2009, de 15 de junio, FJ 2; 127/2012, de 19 de junio, FJ 3; y 220/2012, de 27 de noviembre, FJ 3)" [ATC 35/2013, de 12 de febrero, FJ 3]. En efecto, "en la medida en que la cuestión de inconstitucionalidad tiene como finalidad la de suspender el procedimiento y esperar a la respuesta de este Tribunal para la aplicación de la norma, en el presente caso el órgano judicial ya la habría aplicado, con lo que carecería de sentido la duda que posteriormente le surge." (AATC 184/2009, de 15 de junio, FJ 2, y 220/2012 de 27 de noviembre, FJ 3).] (Sentencia 269/2015, de 17 de diciembre, y en similares términos el ATC 134/2006, de 4 de abril).

Así pues, cabría pensar que, al haber nosotros aplicado ya en nuestro auto de 10 de octubre pasado el artículo 10.8 de la LJCA, y ejercido la jurisdicción y competencia que el precepto que ahora cuestionamos nos confiere, "tampoco se ha formulado adecuadamente el juicio de relevancia pues mal puede realizarse éste en relación



con un precepto que ya se aplicó en una previa decisión" (ATC 220/2012, de 27 de noviembre). Citados éste y el inmediatamente anterior, a su vez en el ATC 8/2014, de 14 de enero].

Ahora bien, no es menos cierto de igual modo que el Tribunal Constitucional, se ha mostrado resolutivo en la inadmisión en ese tipo de supuestos, a la par que casuístico y, en todo caso, en relación con el control de constitucionalidad de normas con rango de ley aplicable a la litis para la solución del problema de fondo, sustantivo, que en cada caso se planteaba.

Por contraste, el supuesto aquí es diferente, pues nos encontramos ante un problema de apreciación de un defecto o falta de jurisdicción, que, si bien es cierto no ha sido óbice para la Sala a la hora de resolver, sin embargo, no puede pasarse por alto -por ello el planteamiento ahora de la cuestión-, que la jurisdicción, como la competencia, son presupuestos de orden público procesal, de examen y apreciación de oficio, que debe serlo en todo caso y mientras esté vivo el trance procesal en el que se ejerce, o, como es tesis de esta Sala, se ha ejercido indebidamente.

En este sentido, debe tenerse en cuenta el carácter improrrogable de la jurisdicción, tal y como se desprende del artículo 9.6 de la LOPJ y 5.1 de la LJCA, así como el deber de esta Sala de examinar la propia jurisdicción y apreciarla de oficio, tal y como se desprende del apartado segundo del referido precepto de la Ley procesal.

Y dar cumplimiento a lo dispuesto en el citado precepto es precisamente lo que hacemos, al plantearnos la cuestión en trámite de recurso de reposición interpuesto frente a nuestro auto de 10 de octubre de 2020 por la Letrada del Gobierno de Aragón. Y es que los términos en que se configura el recurso de reposición en el artículo 79 de la LJCA, hacen que en el presente supuesto ese recurso sea el vehículo procesal idóneo para la revisión de la propia jurisdicción de la Sala que resuelve, más teniendo en cuenta la circunstancia de que el Legislador no ha previsto, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto del artículo 8.6 de la LJCA, vía de recurso alguno frente a la resolución que haya de dictarse al amparo del artículo 10.8, cuestión ésta sobre la que volveremos más tarde.

El recurso de reposición en el que nos encontramos tiene su fundamento y razón de ser en la oportunidad que las partes tienen de promover la reconsideración de la decisión tomada, por el propio Tribunal que la dicta, sin perder la plenitud propia del conocimiento de la cuestión en el concreto cauce procesal en la que se alcanza. Permite de este modo una más meditada y precisa solución y un más depurado cumplimiento de la función jurisdiccional, sobre todo en lo que a la sanación de defectos procesales se trata. Más en este caso, donde, como bien alega el Letrado del Gobierno de Aragón, el Legislador no ha contemplado recurso alguno de carácter devolutivo, frente a las resoluciones que las Salas dicten.

No estamos, por todo lo dicho, ante un planteamiento que pretenda un mero control abstracto de la constitucionalidad del precepto procesal cuestionado, sino aprovechando el trámite procesal para, ejerciendo un control de oficio -como impone la Ley procesal- de la propia jurisdicción y competencia, tratar de impedir la petrificación de un vicio de orden público procesal fundamental. De lo que se trata es de evitar, de impedir que ahora y en el futuro se resuelva por una jurisdicción -la contenciosa-, cuando es parecer de esta Sala que existen serias dudas de la constitucionalidad del fundamento legal de su competencia.

Todo ello hace que, no compartiendo la tesis del Ministerio Fiscal en este punto, debemos tener por fundado suficientemente el juicio de relevancia de la cuestión que se plantea, pues consideramos que, en primer lugar, la cuestión no ha perdido su carácter prejudicial, por lo ya dicho; en segundo lugar, es claro que de la constitucionalidad del precepto cuestionado ahora, depende la jurisdicción y competencia de esta Sala para resolver, de suerte que entendemos concurrente el juicio de relevancia constitucional de la cuestión que planteamos (por todos ATC 361/2004. De 21 de septiembre), y la necesidad de que ese Tribunal Constitucional se pronuncie y resuelva sobre la misma.

TERCERO.- Despejada la variable relativa al necesario juicio de relevancia de la cuestión que ahora se plantea, cuestionamos el ajuste del artículo 10.8 de la LJCA, introducido por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, a los artículos 103, 106 y 117.3, todos ellos de la Constitución de 1978, al introducir un control previo de constitucionalidad de la actuación de las administraciones públicas o, si se prefiere, conferir a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia una función pre-jurisdiccional, consultiva vinculante, como apéndice judicial de un procedimiento administrativo de elaboración de una disposición administrativa, cuando ésta tiene por objeto la adopción de medida en materia sanitaria que potencialmente impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales, y se dirijan a una pluralidad indeterminada de ciudadanos.

Primeramente, puede ser oportuno e ilustrativo para ese Tribunal, realizar una serie de consideraciones que permitan definir el contenido y configuración que el Legislador ha dado a la autorización ahora cuestionada,

también por su contraste con la configuración que hasta ahora ha tenido el artículo 8.6 segundo y que mantiene con la reforma, por diferenciación con el artículo 10.8, de nueva creación y ahora cuestionado.

El artículo 8.6 apartado segundo de la LJCA, en su redacción originaria, disponía lo siguiente: "Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental. Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada."

Por su parte, la Disposición Final Segunda, de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, dispone lo siguiente: "Se modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el apartado 6 del artículo 8, que queda redactado de la siguiente manera:

«6 (...).

Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada.

(...).

Dos. Se modifica el artículo 10, que queda redactado de la siguiente manera:

«Artículo 10. Competencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

(...).

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.»

(...).

Cuatro. Se añade un nuevo artículo 122 quater, con el siguiente contenido:

«Artículo 122 quater. Autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales.

En la tramitación de las autorizaciones o ratificaciones a que se refieren los artículos 8.6, segundo párrafo, 10.8 y 11.1.i) de la presente Ley será parte el ministerio fiscal. Esta tramitación tendrá siempre carácter preferente y deberá resolverse en un plazo máximo de tres días naturales.»

Como es de ver, la Disposición Final Segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de justicia, distingue procesalmente entre medidas de legislación sanitaria, según afecten a particulares concretos e identificados, o "sus destinatarios no estén identificados individualmente". En el primero de los tipos -artículo 8.6 párrafo segundo- mantiene la competencia para la autorización o ratificación judicial en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, mientras que, para el segundo de los supuestos, la competencia la asigna a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

En segundo lugar, mientras que las medidas correspondientes al primero de los tipos - las que tienen por destinatario personas individualmente identificadas- deben "plasmarse en actos administrativos singulares", cuando se trata de medidas que tienen por destinatarios a una pluralidad indeterminada de ciudadanos, sólo se habla de "medidas", de suerte que cabe que puedan cobrar forma de acto administrativo - plúrimo- o de disposición general.



En tercer lugar, se introduce un rudimentario procedimiento para su tramitación, en el nuevo artículo 122 quáter de la LJCA, en el que sólo se dispone la intervención del Ministerio Fiscal, y un exiguo plazo de tres días para resolver. En ningún momento se contempla en dicho procedimiento, la intervención o la participación de ciudadano concreto titular del derecho o de los derechos que, se entiende, pueden verse afectados por las medidas adoptadas y sujetas a autorización o ratificación, como tampoco se ha previsto vía de recurso frente a la resolución que haya de dictar la Sala. Sólo interviene la Administración autora del acto, o disposición general, y el Ministerio Fiscal -se entiende que en defensa de la legalidad, con el mismo papel que en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de los artículos 117 y siguientes de la LJCA-; y la Sala deberá resolver en tres días -sin que se identifique un concreto día a quo para su cómputo-, sin que se haya previsto recurso alguno frente a la resolución -se entiende que con forma de auto- que se dicte.

Ninguna aportación procesal novedosa realiza el nuevo artículo 122 quater a la sustanciación de las autorizaciones o ratificaciones previstas en el artículo 8.6 párrafo segundo, y la resolución que pueda recaer, como hasta ahora, es susceptible de recurso de apelación y, luego frente a la sentencia de apelación, de casación - artículo 80.1 d) y 86.1, respectivamente, ambos de la LJCA-.

Sin embargo, los autos dictados en el marco del artículo 10.8 de la LJCA, no son susceptibles de recurso ordinario ni extraordinario alguno, a salvo del que se confiere de reposición, por defecto, tal y como se deduce del artículo 79.1 de la Ley procesal contenciosa.

CUARTO.- Pues bien, uno y otro tipo de medidas, tanto las autorizaciones o ratificaciones de medidas que afectan a personas o grupos de personas individualmente identificadas, como las autorizaciones o ratificaciones de medidas que tienen por destinataria una pluralidad indeterminada de ciudadanos, debilitan o exceptúan el privilegio de autotutela de la actuación administrativa -ciertamente cuando de actos administrativos hablamos, pues conviene recordar que el artículo 10.8 no impone que las medidas a las que se refiere deban plasmarse en un acto administrativo-, privilegio que deriva de la presunción de legalidad y validez de los actos de las Administraciones públicas - artículo 39.1 de la Ley 39/2015-, que enlaza con el principio de legalidad y eficacia consagrado en el artículo 103 de la C.e.

La diferencia entre uno y otro tipo de medidas es que en las primeras -las del artículo 8.6 párrafo segundo-, es su destinatario quien, al no renunciar al pleno ejercicio del derecho o libertad amenazado por la ejecución del acto administrativo, al formular su negativa al cumplimiento del mismo, deja sin efecto la ejecutividad del acto administrativo cuestionado, requiriendo para su complemento de la correspondiente autorización judicial, o ratificación en casos de ejecución inaplazable por razón de la urgencia de la medida. En estos casos, la intervención judicial, sea por propia definición de la medida al tener que ir plasmada en un acto administrativo singular, sea por interpretación sistemática con el resto de los supuestos de autorización que el artículo 8.6 comprende, opera ex post, ante la oposición del destinatario a su ejecución

En cambio, cuando del segundo tipo de medidas -las dirigidas a una pluralidad indeterminada de personas- se trata, es el Legislador quien despoja a la Administración del privilegio de autotutela, al cuestionar la presunción de legalidad y validez del acto, lo cual hace precisamente al imponer la intervención judicial que prevé el artículo 10.8. Las autorizaciones y ratificaciones previstas en el artículo 10.8 obedecen a un esquema diferente, presentando al final una naturaleza distinta. La necesidad de autorización o ratificación judicial de las medidas a las que se refiere el precepto cuestionado ahora, opera sobre el privilegio de autotutela declarativa del acto, o sobre la validez de la propia disposición general cuando la medida se incorpore a una norma reglamentaria. Afecta en definitiva a la validez del acto administrativo necesitado de autorización - o de ratificación en caso de urgencia en la aplicación de la medida por la Administración-. Aquí no es el particular quien reacciona frente a la ejecutividad del acto, sino el Legislador quien despoja a las Administraciones de la presunción de legalidad y validez que por principio acompaña siempre a todo acto administrativo. En definitiva, en éstas se invoca la intervención judicial ex ante, de modo que la autorización judicial -o la ratificación- opera sobre la autotutela declarativa, o, lo que es lo mismo, como condición de validez del mismo acto administrativo que contiene la medida.

Ahora bien, puede asumirse que la Administración pueda actuar despojada de tal privilegio, como si de un particular se tratara, lo que no parece posible es completar la validez del acto administrativo, forzando una intervención judicial al margen de la función jurisdiccional que le es propia.

QUINTO.- Por ello, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos del artículo 8.6 apartado segundo, cuando de una medida de las previstas en el artículo 10.8 se trata, no puede existir juicio de ponderación propiamente dicho, por cuanto que la intervención judicial opera en un momento previo a la reacción del ciudadano, titular por definición del derecho fundamental afectado, frente a la medida administrativa adoptada. No existe un conflicto concreto de intereses, que haga necesaria una ponderación -que justifica en este caso la intervención



judicial- en garantía de un derecho fundamental concretamente amenazado por una actuación administrativa frente a la que, precisamente, el ciudadano destinatario de la misma reacciona.

En este caso, y como también decíamos en nuestro auto de 10 de octubre, el conflicto, al tener por destinatario la medida administrativa una pluralidad indeterminada de personas, se plantea en abstracto y sitúa ante el examen y decisión de la Sala el deber de avalar una decisión enteramente administrativa de restricción, más o menos intensa, de algún o algunos derechos fundamentales, porque en eso consiste en realidad la medida, como única opción para el debido cumplimiento del deber que impone el artículo 43 de la C.e. a los poderes públicos, siendo de reiterar que en esta tesitura por la Administración se plantea un falso conflicto entre el derecho a la salud y el derecho fundamental afectado por la concreta medida adoptada. Aun admitiendo como hipótesis dicho conflicto, su solución se sitúa en un momento prejudicial, debiendo ser la Administración la que decida el sacrificio de uno u otro derecho, en pos del debido cumplimiento del deber que le impone el referido precepto constitucional.

El artículo 10.8 supone la renuncia por la Administración al privilegio de autotutela declarativa - artículo 103 de la C.e.- situando en el Poder Judicial, en las Salas de lo Contencioso-Administrativo, el deber de definir el derecho en el caso concreto, como ocurre en el resto de las jurisdicciones, pero, a diferencia de lo que ocurre en las demás, sin posibilidad de fundar la decisión judicial en un juicio de contradicción. Son las Salas de lo Contencioso-Administrativo -Poder Judicial- las que asumen la responsabilidad de una decisión general y política que responde a criterios y motivaciones diferentes a las propias de una decisión netamente judicial, asumiendo, como decíamos al principio, una función consultiva vinculante que la Constitución no le confiere.

SEXTO.- La jurisprudencia constitucional ha declarado compatible con la Constitución el privilegio de autotutela, en tanto que pueda asociarse a un concreto principio de actuación administrativa reconocido por la Constitución, como es el caso del principio de eficacia - artículo 103 de la C.e.- (SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 238/1992, de 17 de diciembre), pues es claro que no encontraremos en el texto constitucional concreta referencia y amparo de tal privilegio administrativo. Ese Tribunal, en su sentencia 148/1993, de de 29 de abril, dice: "el privilegio de autotutela...no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el artículo 103 de la C.e."

Pero una cosa es que dicho privilegio se justifique por tal principio constitucional que debe inspirar la actuación administrativa y otra diferente es que la eficacia de las Administraciones en su actuación exija siempre o imponga en todo caso, una actuación dotada de tal privilegio, de suerte que un supuesto como el del artículo 10.8 de la LJCA pueda entenderse como vulnerador por se del artículo 103 de la C.e.

O lo que es lo mismo, el Tribunal Constitucional ha declarado, desde la ya lejana STC 22/1984, de 17 de febrero, que el privilegio de autotutela es compatible con la Constitución, por entroncar con el principio de eficacia y legalidad, proclamados en el artículo 103.1 y 9.3 de la C.e., pero lo que no ha dicho es que tales principios exijan que las Administraciones Públicas gocen en todo caso de tal privilegio, sin excepción.

Por eso, no es que dudemos ahora de la constitucionalidad de una norma que despoja a la Administración del privilegio de autotutela cuando requiere para su validez de la autorización o ratificación judicial en el caso del artículo 10.8, sino que de lo que dudamos es de que, pese a la loable y bienintencionada voluntad que habrá guiado al Legislador, de lo cual la Sala no duda, esto sea ajustado a la Constitución, cuando, correlativamente, no hay fundamento constitucional para que las Salas de lo Contencioso-Administrativo ejerzan una función consultiva vinculante, prejudicial, participando de este modo del proceso de elaboración de un acto administrativo -o de una disposición general- que contiene medidas del tipo de las enunciadas en el precepto cuestionado. No parece, al menos esta Sala no lo considera así, que sea posible hallar ese fundamento en el artículo 117.3 de la C.e., ni que la función de garantía de un derecho fundamental - artículo 117.4 de la C.e.-, cuyo titular es siempre el ciudadano individual, permita rebasar el límite de lo judicial, del ejercicio de la función jurisdiccional tal y como debe ser entendida en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Es parecer de esta Sala que el artículo 10.8 de la LJCA atribuye a las Salas de lo Contencioso-Administrativo una función consultiva vinculante, prejudicial, apéndice del procedimiento administrativo de elaboración de un acto administrativo o una disposición general que excede los límites de la función jurisdiccional que atribuye a todo órgano judicial el artículo 117.3, y que tampoco se justifica, conforme al artículo 117.4, por razón de la garantía de los derechos fundamentales.

SÉPTIMO.- La función jurisdiccional de Juzgados y Tribunales consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, artículo 117.3 de la C.e., y se traduce en lo contencioso- administrativo en un control ex post de la legalidad de la actuación administrativa - artículo 106.1 de la C.e.-, cuando la presunción iuris tantum de legalidad de la misma es puesta en cuestión por el destinatario de su actuación, el cual ejerce una pretensión frente a una



actuación administrativa que le perjudica o que no resuelve en el sentido por él intentado (artículos 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre y 1 de la LJCA).

Que el privilegio de autotutela tenga su límite en la tutela cautelar del ciudadano (artículo 24 de la C.e.), que puede permitir suspender la ejecutividad del acto administrativo o que, ante la negativa del destinatario del acto a su ejecución fuerce la intervención judicial, mediante la preceptiva autorización correspondiente, en garantía de los derechos concretamente afectados por el acto, no transforma la fiscalización judicial de la actuación administrativa, la función jurisdiccional que se ejerce sobre la Administración, en algo distinto a lo que implica siempre la jurisdicción contenciosa, esto es, un control o una fiscalización a posteriori de la actuación de las Administraciones públicas.

En este sentido, cabe decir que si el artículo 106.1 de la C.e. dispone que son los Tribunales -en ejercicio de su función jurisdiccional (artículo 117.3)- los que controlan la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, esa expresión presupone una intervención de los tribunales posterior para controlar algo que ya se ha producido antes, pues de no ser así se hablaría en otros términos. Si los tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa es porque ésta ya se ha producido y se ha producido con eficacia, pues de otra forma, si la actuación administrativa no fuera eficaz, mientras no la controlen los jueces, no hablaríamos de actuación administrativa, sino de propuesta de actuación, o de actuación con eficacia diferida, que estaría a la espera del visto bueno de los jueces. Y esto es precisamente lo que ocurre en el caso del artículo 10.8.

Por otra parte, está en la propia naturaleza del principio de separación de poderes que el Poder Ejecutivo no sea sustituido por el Poder Judicial y tal ocurriría si la actuación de la Administración quedara trabada mientras los tribunales no decidieran sobre su corrección. Tal y como ha dicho la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de la sección quinta de 30 de julio de 1992 (rec. 8396/90) "El carácter revisor de la jurisdicción contenciosa determina un control de la legalidad de los actos de la Administración Pública, y de la correspondencia de dichos actos con el fin público previsto por el ordenamiento jurídico. Pero fuera de ese examen de legalidad y adecuación teleológica de los actos administrativos, el carácter revisor no alcanza a la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales asuman, por impropia vía jerárquica, el pronunciamiento de oportunidad sobre cuantos puntos hayan sido resueltos en trámite administrativo, pues de ese modo se convertirían en una instancia correctora supra- administrativa.". Ni tampoco esa facultad revisora puede tener por objeto "prevenir o evitar agravios futuros" (STS, Sala Tercera, sec. 3ª de 15 de septiembre de 1992 (rec. 3643/1990)).

La renuncia, porque eso es lo que supone el artículo 10.8 de la LJCA, al privilegio de autotutela de la Administración, y que no necesariamente tiene que ser cuestionable per se, se hace por la vía de conferir simultáneamente a los tribunales una función de control previo que los introduce en el procedimiento de elaboración del acto o disposición administrativos y los convierte en Administración, lo cual sí cuestionamos por entenderlo incompatible con la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que le atribuye el artículo 117.3 y no se justifica por razón de la garantía de los derechos, conforme a lo que dispone el artículo 117.4.

De este modo, y aunque no se ha puesto de manifiesto a las partes en el trámite de alegaciones previo al planteamiento de la cuestión mediante este auto, ello no nos impide razonar que, con la reforma legislativa cuestionada, a la postre queda comprometido el derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 de la C.e. Al anticipar un juicio de legalidad constitucional que opera como aval y complemento de legalidad, para la validez de un acto que el Legislador pone en duda en los casos a los que se refiere el artículo 10.8 de la LJCA, se limitan las vías procesales de reacción del ciudadano frente este tipo de actos al mero control de legalidad ordinario.

Tal vez porque es cosa diferente al ejercicio de la función jurisdiccional, y porque no es tutela judicial en los términos del artículo 24 de la C.e. -no puede serlo porque no es invocada por su único posible titular- no se contempla recurso alguno frente a la decisión judicial del artículo 10.8 de la LJCA, más allá del recurso de reposición que se confiere a toda resolución no susceptible de recurso de apelación o casación - artículo 79.1 de la LJCA-.

Y decidido el planteamiento de tal cuestión, procede su elevación a dicho Tribunal, conjuntamente con testimonio de los autos principales, en donde constan las alegaciones de las partes en orden a su planteamiento; todo ello, con mantenimiento de la suspensión del plazo para resolver el recurso de reposición interpuesto frente a nuestro auto de 10 de octubre de 2020.

Por todo lo cual,

PARTE DISPOSITIVA



LA SECCIÓN PRIMERA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN ACUERDA, en el presente procedimiento nº 332/2020, de autorización administrativa de medida en materia de legislación sanitaria, a instancia de la Letrada del Gobierno de Aragón, respecto de la Orden de la Consejería de Sanidad de 7 de octubre de 2020, por la que se adoptan medidas en materia de movilidad por razones de salud pública para la contención del rebrote del COVID-19 en el municipio de La Almunia de Doña Godina (Zaragoza), PLANTEAR cuestión al Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad del artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, introducido por la Disposición Final Segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, por posible vulneración de los artículos 106 y 117.3 y 4 de la Constitución española de 1978, con base en los motivos expresados en los fundamentos de la presente resolución.

Remítase la presente resolución, a la que se acompañará testimonio de los autos principales en donde obran las alegaciones a las que se refiere el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a la Presidencia de dicho Tribunal, con atento oficio remisorio.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados anotados al margen.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ