

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065477

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 2 DE VIGO

Sentencia 84/2021, de 15 de abril de 2021

Rec. n.º 67/2021

SUMARIO:**Procedimiento sancionador. Covid-19. Uso obligatorio de mascarillas.**

Denunciada por no hacer uso de la mascarilla sanitaria obligatoria, ni guardar la distancia social. No hay constancia de cuáles son las concretas circunstancias que rodeaban el hecho denunciado, y así, por ejemplo, en lo que a la actora atañe, se omite el capital dato de que la denunciada estuviese fumando, extremo que damos por acreditado a raíz de la prueba.

El uso de la mascarilla se impuso como obligatorio para las personas mayores de seis años, con carácter general, en los espacios públicos siempre que no resulte posible garantizar el mantenimiento de una distancia de seguridad interpersonal de, al menos, 1,5 metros. Se establecieron excepciones cuando por la propia naturaleza de la actividad que se esté desarrollando al aire libre, el uso de la mascarilla resulte incompatible. Pues bien, parece innecesario explicar que la acción de fumar, que es la que estaba realizando la actora y ha motivado la denuncia, resulta incompatible con el uso de la mascarilla y aún no se había producido la modificación que limita fumar.

Por otro lado, la competencia propia local en materia de protección de la salubridad pública, no es equiparable a la competencia en materia de salud y sanidad pública, que radica esencialmente en el Estado y en las Comunidades autónomas; pero hay que reconocer la existencia de un pequeño reducto competencial en el ámbito de la salud pública y la sanidad, o empleando los términos del legislador, áreas de responsabilidad mínima respecto de las que las entidades locales poseían competencias atribuidas tanto por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, siempre que existiese una ordenanza local que así lo contemplase. En el presente caso, no hay rastro de la ordenanza local que permita la potestad sancionadora por lo que la actuación impugnada está viciada de nulidad radical por ser la entidad local manifiestamente incompetente y por ser una conducta atípica.

PRECEPTOS:

RD-ley 21/2020, (medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19), arts. 6 y 31.

Ley 39/2015 (LPAC), arts. 47.1 b), 48 y 96.

Ley 33/2011 (Saludo pública), arts. 57, 60 y 61.

Ley 14/1986 (General de sanidad), art. 42.3.

Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 25.

Ley 7/1985 (LRBRL), art. 25.2 y 139.

Constitución española, art. 140.

Ley 8/2008 Galicia (de salud), arts. 45 y 80.

PONENTE:

Don Marcos Amboage López.

Magistrados:

Don MARCOS AMBOAGE LOPEZ

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2

VIGO

SENTENCIA: 00084/2021

Modelo: N11600

C/ LALIN Nº 4, PISO 5º EDIFICIO Nº 2

Teléfono: 986 817860/72/61

Fax: 986 817873

Correo electrónico:

Equipo/usuario: RG

N.I.G: 36057 45 3 2021 0000128

Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000067 /2021 /

Sobre: ADMON. LOCAL

De D/Dª : Otilia

Abogado: MAURICIO RUIZ CENICEROS

Procurador D./Dª :

Contra D./Dª CONCELLO DE SANXENXO

Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO

Procurador D./Dª

SENTENCIA

En Vigo, a 15 de abril de 2021

Vistos por mí, Marcos Amboage López, magistrado-juez del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Vigo, los presentes autos de procedimiento abreviado, seguidos a instancia de:

- Otilia representada y asistida por el letrado/a: Mauricio Ruiz Cenicerros, frente a:
- Concello de Sanxenxo representado y asistido por el letrado/a: Félix García González.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La representación procesal indicada en el encabezamiento presentó el 23 de febrero del 2021 demanda de recurso contencioso-administrativo frente a la resolución del alcalde del Concello de Sanxenxo, de 14 de enero del 2021, que en el expediente nº 416-20, impuso a la actora una multa de 100 euros, como responsable de la infracción leve consistente en no llevar la mascarilla debidamente en un espacio público.

La pretensión actora es la anulación de la resolución administrativa para que quede sin efecto, y con imposición de costas.

Segundo.

Se admitió a trámite el recurso por decreto de 25 de febrero del 2021, se reclamó el expediente administrativo de la Administración demandada, se recibió el 17 de marzo del 2021, y se puso de manifiesto a la parte recurrente.

Se celebró la vista a que se refiere el art. 78 de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa (en adelante, LJCA), el 8 de abril del 2021, y en ella la parte demandante se ratificó en su demanda y la demandada contestó oponiéndose a la estimación del recurso al entender que la resolución impugnada es conforme a Derecho.

Se ha fijado la cuantía del procedimiento en la suma de 100 euros.

Abierto el trámite de prueba, se ha admitido la documental y el expediente administrativo, y a instancia de la actora, la testifical de Tarsila y Adriana.

Tras el trámite de conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

Los hechos ocurrieron el 5 de julio del 2020, a las tres de la madrugada, cuando la recurrente se encontraba en el puerto deportivo Juan Carlos I, en la vía pública, al aire libre, a la altura del local denominado "Pub Dux", en el término municipal de Sanxenxo, en compañía de dos amigas con las que convivía la recurrente en el momento de los hechos.

La recurrente se encontraba fumando en compañía de sus dos amigas, pero alejadas a más de dos metros de distancia de cualquier otra persona, y en el momento de la denuncia no llevaba puesta la mascarilla sobre su nariz y boca.

La policía autonómica denunciante requirió a la recurrente su documentación y procedió a confeccionar la denuncia, sin que exista constancia de que le hubiera apercibido, requerido u ordenado a la actora que colocase debidamente la mascarilla y ésta hubiera desobedecido sus órdenes.

A los anteriores hechos que consideramos debidamente acreditados a partir de la prueba practicada, les resulta de aplicación el siguiente Derecho:

Artículo 6 Uso obligatorio de mascarillas del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; dispone:

Medidas de prevención e higiene

1. Las personas de seis años en adelante quedan obligadas al uso de mascarillas en los siguientes supuestos:

a) En la vía pública, en espacios al aire libre y en cualquier espacio cerrado de uso público o que se encuentre abierto al público, siempre que no resulte posible garantizar el mantenimiento de una distancia de seguridad interpersonal de, al menos, 1,5 metros.

2. La obligación contenida en el apartado anterior no será exigible para las personas que presenten algún tipo de enfermedad o dificultad respiratoria que pueda verse agravada por el uso de la mascarilla o que, por su situación de discapacidad o dependencia, no dispongan de autonomía para quitarse la mascarilla, o bien presenten alteraciones de conducta que hagan inviable su utilización.

Tampoco será exigible en el caso de ejercicio de deporte individual al aire libre, ni en los supuestos de fuerza mayor o situación de necesidad o cuando, por la propia naturaleza de las actividades, el uso de la mascarilla resulte incompatible, con arreglo a las indicaciones de las autoridades sanitarias.

Artículo 31 Infracciones y sanciones

1. El incumplimiento de las medidas de prevención y de las obligaciones establecidas en este real decreto-ley, cuando constituyan infracciones administrativas en salud pública, será sancionado en los términos previstos en el título VI de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

La vigilancia, inspección y control del cumplimiento de dichas medidas, así como la instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores que procedan, corresponderá a los órganos competentes del Estado, de las comunidades autónomas y de las entidades locales en el ámbito de sus respectivas competencias.

2. El incumplimiento de la obligación de uso de mascarillas establecido en el artículo 6 será considerado infracción leve a efectos de lo previsto en el artículo 57 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, y sancionado con multa de hasta cien euros.

Artículo 57 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública: Calificación de las infracciones:

1. Las infracciones tipificadas en esta ley se califican como muy graves, graves y leves, atendiendo a los criterios de riesgo para la salud de la población, gravedad de la alteración sanitaria o social producida, cuantía del eventual beneficio obtenido, grado de intencionalidad y reincidencia en las mismas.

c) Son infracciones leves:

1.º El incumplimiento de la normativa sanitaria vigente, si las repercusiones producidas han tenido una incidencia escasa o sin trascendencia directa en la salud de la población.

2.º Aquellas infracciones que conforme a lo establecido en este artículo no se califiquen como graves o muy graves.

Artículo 60 Procedimiento sancionador

1. El procedimiento sancionador, en materia de salud pública, se desarrollará reglamentariamente, de conformidad con lo establecido en esta ley y en el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. El plazo para dictar y notificar la resolución de un expediente sancionador es de nueve meses.

Artículo 61 Órganos competentes para imponer sanciones en materia de salud pública

1. La incoación, tramitación y resolución de los expedientes sancionadores corresponderá a la Administración competente por razón del territorio y la materia.

2. En el ámbito de la Administración General del Estado, la incoación del expediente corresponderá a la Dirección General competente en materia de salud pública y la resolución al titular de esta Dirección General, en el caso de infracciones leves, al titular de la Secretaría General de Sanidad, en el caso de infracciones graves, y a la persona titular del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, para las muy graves.

3. Las autoridades competentes podrán publicar, una vez firmes, las sanciones impuestas por las infracciones cometidas, los hechos constitutivos de tales infracciones, así como la identidad del infractor.

Artículo 25 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público:

1 La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, cuando se trate de Entidades Locales, de conformidad con lo dispuesto en el Título de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario.

Artículo 45 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia: Competencia para la imposición de sanciones

1. Los órganos de la Administración de la comunidad autónoma competentes para la imposición de las sanciones previstas en la presente ley son los siguientes:

a) Los órganos de la Consellería de Sanidad y del Servicio Gallego de Salud, en su caso, hasta 120.202,42 euros, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

b) El Consejo de la Xunta, desde 120.202,43 euros.

2. Los ayuntamientos de la comunidad autónoma, al amparo de sus respectivas ordenanzas municipales, podrán sancionar las infracciones previstas en la presente ley, siempre que dichas infracciones afecten a las áreas de responsabilidad mínima sobre las cuales ejercen competencias de control sanitario.

3. A los efectos del apartado anterior, deberá comunicarse a la Consellería de Sanidad la ordenanza municipal por la que se acuerda ejercer dicha potestad sancionadora, así como los expedientes sancionadores incoados a su amparo y las resoluciones definitivas que recaigan, en su caso. Cuando por la naturaleza y gravedad de la infracción tenga que superarse la cuantía máxima establecida en el apartado 1.a), la entidad local correspondiente remitirá a la Consellería de Sanidad las actuaciones que constan en el expediente, debidamente tramitado, adjunto con la propuesta de sanción. La Consellería de Sanidad comunicará a la entidad local correspondiente la sanción recaída, así como las restantes actuaciones que se deriven de su intervención.

4. La Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia podrá actuar en sustitución de los ayuntamientos en los supuestos y con los requisitos contemplados en la legislación de régimen local.

Segundo.

Desde la perspectiva competencia! queremos aclarar, en primer lugar, que la normativa que acabamos de exponer, entendemos que no ampara la actuación impugnada. Es decir, el punto de partida es el art. 25 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que consagra el principio de legalidad en la materia, disponiendo que el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración solo será posible cuando se halle previamente atribuida por una norma con rango de Ley. En el presente caso, el art. 31 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, cuenta con el rango preciso, pero al referirse a las entidades locales, introduce un matiz que ya hemos subrayado al destacarlo en negrita: "en el ámbito de sus respectivas competencias."

La cuestión estriba en dilucidar si en el momento de los hechos ahora enjuiciado, las entidades locales contaban con competencias en materia de salud pública, o de sanidad. La atribución de la competencia como propia, que hace el art. 25.2 j) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en materia de protección de la salubridad pública, no es equivalente a los conceptos o ámbitos anteriores, y en todo caso, deberá ejercitarse, como señala ese precepto, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas. Así lo puntualizó, entre muchas, la STS Sala de lo Contencioso Sección: 3 (Nº de Recurso: 2571/2016-Nº de Resolución: 908/2019), de 25 de junio del 2019, al abordar el conflicto suscitado entre la normativa estatal en materia de instalaciones radioeléctricas, y las limitaciones que se pretendían establecer por ordenanzas locales, amparadas entre otros títulos competenciales, en el de la salubridad pública. Razonaba la anterior STS:

" Las limitaciones impuestas por los artículos 6.1.c y 17.C de la Ordenanza de que trae causa el presente proceso interfieren el despliegue de la red en el término municipal y, además, invocan un título habilitante, el derivado del artículo 25.2 h LRBRL, en el que el Estado ya ha intervenido aplicando el principio de precaución con una reglamentación que, atendido el estado de la ciencia, tiene una pretensión de exclusividad, por lo que representa un ámbito en el que las Corporaciones locales tienen impedida cualquier posibilidad de regulación

El ejercicio por el Estado de sus competencias en relación con la adopción de las pertinentes medidas sanitarias frente a los riesgos derivados de la exposición de la población a emisiones radioeléctricas representa para los Ayuntamientos un límite al ejercicio de las que a ellos, en este campo, podrían corresponder en virtud de lo dispuesto en los artículos 25.2 h y 28 LRBRL

Ni el principio de autonomía municipal que garantiza el artículo 140 de la Constitución ni el principio de subsidiariedad de la acción de los entes locales que reconoce el artículo 28 LRBRL entre otros campos en el de la sanidad, puede invocarse cuando el Estado en el ejercicio de sus competencias y velando por los intereses generales que a él le corresponden, ha establecido una regulación sobre la misma materia a la que sin duda alguna puede atribuirse una vocación de exclusividad, como sucede con el R.D. 1066/2001."

Ahora bien, al margen de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, las entidades locales contaban ya en el momento de los hechos, con competencias mínimas en materia de sanidad y salud pública atribuidas por las leyes, estatales y autonómicas, como es el caso de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que en su art 42, dispone:

1. Las normas de las Comunidades Autónomas, al disponer sobre la organización de sus respectivos servicios de salud, deberán tener en cuenta las responsabilidades y competencias de las provincias, municipios y demás Administraciones Territoriales intracomunitarias, de acuerdo con lo establecido en los Estatutos de Autonomía, la Ley de Régimen Local y la presente Ley.

3. No obstante, los Ayuntamientos, sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones Públicas, tendrán las siguientes responsabilidades mínimas en relación al obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios:

a) Control sanitario del medio ambiente: contaminación atmosférica, abastecimiento de aguas, saneamiento de aguas residuales, residuos urbanos e industriales.

b) Control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones.

c) Control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana, especialmente de los centros de alimentación, peluquerías, saunas y centros de higiene personal, hoteles y centros residenciales, escuelas, campamentos turísticos y áreas de actividad físico- deportivas y de recreo."

También el art. 80 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, se refiere a las competencias de la Administración local, y dispone:

"1. Las entidades locales participarán en el Sistema Público de Salud de Galicia en los términos previstos en la presente ley y disposiciones que la desarrollen, en la Ley general de sanidad y demás legislación específica.

2. Las entidades locales ejercerán las competencias que en materia sanitaria les atribuye la legislación de régimen local y las restantes que les confiere el ordenamiento jurídico.

3. Los municipios, sin perjuicio de las competencias de las demás administraciones públicas, tendrán con relación al obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios las siguientes obligaciones derivadas de sus competencias:

a) La prestación de los servicios mínimos obligatorios determinados en la legislación de régimen local en lo referente a los servicios de salud y a los regulados en la presente ley.

b) El control sanitario del medio natural, y, en especial, la contaminación atmosférica, ruidos y vibraciones, abastecimiento y saneamiento de aguas, residuos urbanos.

c) El control sanitario de industrias, actividades, servicios y transportes que impacten en la salud de su ciudadanía.

d) El control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana, especialmente de los centros de alimentación, peluquerías, saunas y centros de higiene personal, hoteles y centros residenciales, escuelas, campamentos turísticos y áreas de actividad física, deportiva y de recreo."

e) El control sanitario de la distribución y suministro de alimentos, bebidas y demás productos relacionados con el uso o consumo humano, así como de los medios para su transporte que estén dirigidos a los ciudadanos y ciudadanas del municipio.

f) El control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria.

g) El desarrollo de programas de promoción de la salud, educación sanitaria y protección de grupos sociales con riesgos específicos que se prevean en los planes de salud.

h) La participación en órganos de dirección y/o participación de las organizaciones públicas de salud en la forma que reglamentariamente se determine.

i) La colaboración, en los términos en que se acuerde en cada caso, en la construcción, reforma y/o equipación de centros y servicios sanitarios."

Pues bien, nótese que tanto el art. 42.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, como el art. 80.2 de la Ley autonómica, no contemplan la posibilidad de que la competencia local en esta materia de salud pública, o sanidad, se desarrolle sobre las vías o espacios públicos. El control sanitario que se les atribuye se encuentra delimitado espacialmente sobre industrias, edificios y lugares de vivienda y convivencia humana, especialmente sobre los centros de alimentación, peluquerías, saunas y centros de higiene personal, hoteles y centros residenciales, escuelas, campamentos turísticos y áreas de actividad física, deportiva y de recreo, o los cementerios. Pero no sobre la vía pública.

En cualquier caso, existe otro impedimento para apreciar la competencia local en esta materia, ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito de la salud pública, y que se deriva de la redacción vigente en el momento de los hechos, del art. 45.2 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia.

Como hemos destacado anteriormente, en negrita, el válido ejercicio de esta competencia se supeditaba por la Ley, a que se realizase al amparo de sus respectivas ordenanzas municipales. La interpretación de la norma legal supone que deberá existir una ordenanza municipal que, en cada caso, habilite para el ejercicio de esta competencia, y esta conclusión se avala por la interpretación sistemática del propio art. 45 de la Ley 8/2008, cuando en su apartado tercero, disponía:

"A los efectos del apartado anterior, deberá comunicarse a la Consellería de Sanidad la ordenanza municipal por la que se acuerda ejercer dicha potestad sancionadora, "

Son dos pues las limitaciones relevantes que condicionaban en el momento de los hechos que han originado el presente procedimiento sancionador, la competencia de la demandada, de un lado, la necesidad de contar con una ordenanza local que de manera expresa habilite el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos expuestos. De otro lado, y como subraya el art. 45 de la Ley 8/2008, "siempre que dichas infracciones afecten a las áreas de responsabilidad mínima sobre las cuales ejercen competencias de control sanitario.". Esto es, siempre que las infracciones se produzcan en aquellos espacios que se enumeran en los artículos art. 42.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y el art. 80.2 de la propia Ley autonómica, entre los que no se halla la vía pública.

Tercero.

Para completar la motivación en torno a la cuestión competencial, nos haremos eco y reproduciremos un fragmento de la exposición de motivos de la LEY 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, que dispone:

"Junto a la necesidad de una mayor claridad y densidad normativa en materia de medidas preventivas por razones de protección de la salud pública, la experiencia acumulada en estos meses de gestión de la crisis sanitaria derivada de la COVID-19 ha puesto de manifiesto también, como se adelantó antes, la necesidad de contar con un régimen sancionador más claro y completo. Con esta finalidad se introducen varias modificaciones en el capítulo IV del título II de la Ley 8/2008, de 10 de julio. Dada la especificidad de las infracciones en materia de salud pública, se optó por conferir a dichas infracciones una sustantividad propia en la ley, diferenciándolas de las restantes infracciones en materia sanitaria también tipificadas en la misma. Así, además de contemplar en el artículo 39 las consecuencias de dicha diferenciación, se introducen los nuevos artículos 41 bis, 42 bis, 43 bis, 44 bis y 45 bis, en los cuales se contempla, teniendo en cuenta la regulación básica contenida en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, la tipificación de las infracciones (leves, graves y muy graves) y de las correspondientes sanciones en materia de salud pública, y se regula la competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora en este ámbito, respectivamente. Procede destacar, en relación con esta última cuestión, que con la nueva redacción queda explicitada, sin dar lugar a dudas interpretativas, la competencia sancionadora municipal respecto a las infracciones en materia de salud pública cuando tales infracciones afecten a las áreas de responsabilidad mínima sobre las cuales los ayuntamientos ejercen competencias de control sanitario de acuerdo con el artículo 42 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, y con el artículo 80 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, así como el carácter instrumental de la potestad sancionadora respecto al ejercicio de competencias sustantivas (en el caso, las competencias propias locales de control sanitario contempladas en aquellos preceptos legales). Por esta misma razón de evitar dudas interpretativas sobre el alcance de la competencia sancionadora local, se modifica el artículo

45 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, respecto a infracciones sanitarias tipificadas en la ley cuando tales infracciones afecten a las áreas de responsabilidad mínima sobre las cuales ejercen competencias de control sanitario."

Es decir, el propio legislador autonómico del año 2021, ha venido a reconocer la necesidad de contar con un régimen sancionador más claro y completo, de manera que si se atiende una necesidad es porque antes no se satisfacía. No obstante, el legislador autonómico, al abordar la competencia sancionadora local, sigue insistiendo en que se encuentra limitada a las áreas de responsabilidad mínima sobre las cuales los ayuntamientos ejercen competencias de control sanitario. Y el caso es que estas áreas no se han modificado, continúan siendo las mismas que las que se enumeran en los artículos art. 42.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y el art. 80.2 de la propia Ley autonómica, entre las que, debemos insistir, no se halla la vía pública.

De manera ilustrativa queremos reproducir la nueva redacción del art. 45.2 de la LEY 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, pues resulta elocuente la supresión que se ha hecho referente a la necesidad de que el ejercicio de la potestad sancionadora local cuente con el amparo de una previa ordenanza, y de la obligación de comunicar a la Consellería de Sanidad la ordenanza municipal por la que se acuerda ejercer dicha potestad sancionadora; dicen ahora estos artículos:

"2. Corresponderá a los ayuntamientos el ejercicio de la competencia sancionadora por la comisión de las infracciones previstas en los artículos 41, 42 y 43, siempre que dichas infracciones afecten a las áreas de responsabilidad mínima sobre las cuales ejercen competencias de control sanitario.

3. La Administración autonómica podrá actuar en sustitución de los ayuntamientos en los supuestos y con los requisitos contemplados en la legislación de régimen local».

Naturalmente, en virtud del art. 9.3 CE, las previsiones de la LEY 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, carecen de cualquier efecto retroactivo, debido a su carácter sancionador no favorable, por lo que no resultan predicables respecto del supuesto enjuiciado.

Esto es, y a modo de resumen, la competencia propia local en materia de protección de la salubridad pública, no es equiparable a la competencia en materia de salud y sanidad pública, que radica esencialmente en el Estado y en las Comunidades autónomas. No obstante, con carácter previo a la promulgación tanto del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, como de la reciente reforma de la Ley autonómica operada por la LEY 8/2021, de 25 de febrero, hay que reconocer la existencia de un pequeño reducto competencial en el ámbito de la salud pública y la sanidad, o empleando los términos del legislador, áreas de responsabilidad mínima respecto de las que las entidades locales poseían competencias atribuidas tanto por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, como por la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia. Y en ambas normas y sin perjuicio de las competencias estatales y autonómicas, se atribuyó a los Ayuntamientos, responsabilidades mínimas en relación al obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios y al control sanitario en determinados espacios o ámbitos, entre los que no se incluyó la vía pública. La preexistencia de ese limitado espacio competencial local en el ámbito sanitario y de protección de la salud pública, legitimaría la actuación sancionadora impugnada, siempre que se hubiese desarrollado sobre alguno de aquellos lugares señalados en los artículos art. 42.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y el art. 80.2 de la propia Ley autonómica, y a su vez, existiese una ordenanza local que así lo contemplase.

En el presente caso, ni hay rastro de la ordenanza local que habilite al Concello de Sanxenxo al ejercicio de la potestad sancionadora en este ámbito, ni la actuación que se ha reputado infracción se ha cometido en un edificio, lugares de vivienda y convivencia humana, centro de alimentación, peluquería, saunas o centros de higiene personal, hoteles y centros residenciales, escuela, campamentos turísticos y áreas de actividad física, deportiva o de recreo. La conclusión es que la actuación impugnada está viciada de nulidad radical, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 47.1 b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC). por ser el Concello de Sanxenxo manifiestamente incompetente por razón de la materia para el ejercicio de esta potestad sancionadora, o subsidiariamente, en el caso de que no se repute que la incompetencia es manifiesta, en todo caso, sería anulable a tenor de lo establecido en el art. 48 LPAC.

Cuarto.

Aclarado el aspecto competencial, es justo reconocer que desde la perspectiva procedimental, no advertimos vicio o tara que demuestre la inadecuación a Derecho de la actuación impugnada. Es decir, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, establece una prescripción anual para las infracciones leves, como la que ha sido calificada la objeto de denuncia, y un periodo para la tramitación del procedimiento de nueve meses, periodos que no han transcurrido en el presente caso.

La denuncia tuvo lugar el 5 de julio del 2020, el procedimiento se ha incoado el 16 de diciembre del 2020 y se ha resuelto el 14 de enero del 2021, con audiencia de la denunciada, que ha tenido la oportunidad de presentar

alegaciones que han sido valoradas en el informe jurídico que se ha emitido por el técnico municipal y que sirve de motivación a la resolución combatida. La demandada ha optado adecuadamente por la tramitación simplificada del procedimiento que prevé el art. 96.5 y. 6 LPAC.

Ahora bien, al margen de la espinosa cuestión competencial, la actuación impugnada entiendo que debe ser anulada por ausencia de pleno encaje en la tipicidad de los hechos que resultaron acreditados. Recordemos en este punto la literalidad del artículo 6 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio:

1. Las personas de seis años en adelante quedan obligadas al uso de mascarillas en los siguientes supuestos: a) En la vía pública, en espacios al aire libre y en cualquier espacio cerrado de uso público o que se encuentre abierto al público, siempre que no resulte posible garantizar el mantenimiento de una distancia de seguridad interpersonal de, al menos, 1,5 metros.

2. La obligación contenida en el apartado anterior no será exigible para las personas que presenten algún tipo de enfermedad o dificultad respiratoria que pueda verse agravada por el uso de la mascarilla o que, por su situación de discapacidad o dependencia, no dispongan de autonomía para quitarse la mascarilla, o bien presenten alteraciones de conducta que hagan inviable su utilización.

Tampoco será exigible en el caso de ejercicio de deporte individual al aire libre, ni en los supuestos de fuerza mayor o situación de necesidad o cuando, por la propia naturaleza de las actividades, el uso de la mascarilla resulte incompatible, con arreglo a las indicaciones de las autoridades sanitarias."

El uso de la mascarilla se impuso como obligatorio para las personas mayores de seis años, con carácter general, en los espacios públicos siempre que no resulte posible garantizar el mantenimiento de una distancia de seguridad interpersonal de, al menos, 1,5 metros.

A renglón seguido, se establecieron excepciones entre las que destacamos la que señalamos en negrita, es decir, cuando por la propia naturaleza de la actividad que se esté desarrollando al aire libre, el uso de la mascarilla resulte incompatible. Pues bien, parece innecesario explicar que la acción de fumar, que es la que estaba realizando la actora y ha motivado la denuncia, resulta incompatible con el uso de la mascarilla. De manera que, si la recurrente se había quitado el adminículo sanitario para fumar, y tras finalizar el acto, se la volvió a colocar en su lugar, al disponerse a regresar al establecimiento de ocio nocturno, como se desprende de la prueba practicada, no hay base para apreciar la antijuridicidad típica que determinaría la existencia de la infracción.

La verdad es que los términos de la denuncia masiva en la que indiscriminadamente se identifican a una pluralidad de personas (hasta treinta y cinco), entre las que se halla la recurrente, no especifican en absoluto las circunstancias en las que habían tenido lugar los hechos, ya que se limita a indicar que la denunciada ha sido identificada a la altura del Pub DUX, sin hacer uso de la mascarilla sanitaria obligatoria, ni guardar la distancia social.

Esa relación de personas que fueron denunciadas aprovechando idéntica ocasión no se refiere a las que acompañarían a la recurrente, sino que se trata de sujetos que tenían en común los extremos anteriores, no portar la mascarilla, ni guardar la distancia social, pero algunos de ellos son identificados en el interior del referido establecimiento de ocio, y otros, como la actora, se les identifica en el exterior, en sus inmediaciones. Y como común denominador tienen también todas las denuncias que no hay constancia de cuáles son las concretas circunstancias que rodeaban el hecho denunciado, y así, por ejemplo, en lo que a la actora atañe, se omite el capital dato de que la denunciada estuviese fumando, extremo que damos por acreditado a raíz de la prueba practicada.

Lleva razón la actora en su demanda cuando pone el acento en que en el momento de los hechos denunciados, en modo alguno se había establecido prohibición o limitación respecto de la acción de fumar en la vía pública, de manera que la conducta base realizada por la demandante, era lícita, y siendo su ejecución absolutamente incompatible con la obligación de portar la mascarilla, la falta de su uso en ese momento no integra la tipicidad prevista por el art. 6 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio.

El Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia, de 12 de junio de 2020, sobre medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID 19, una vez superada la fase III del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, nada dispuso respecto de la acción de fumar. Y no ha sido hasta la modificación del mismo que se ha operado por la ORDEN de 15 de agosto de 2020, que se introdujo el siguiente matiz sobre esta actividad:

«10º) En el caso particular de consumo de tabaco o de cigarrillos electrónicos en la vía pública o en espacios al aire libre, incluida la terraza, solo se podrá exceptuar la obligación de uso de mascarilla, y exclusivamente durante el indicado consumo, siempre que, teniendo en cuenta la posible concurrencia de personas y las dimensiones del lugar, pueda garantizarse el mantenimiento, en todo momento, de la distancia de dos metros con otras personas."»

La prevención, que por razones cronológicas tampoco resulta de aplicación al caso enjuiciado, sin embargo, constituye buena muestra de que la acción de fumar estaba permitida sin otros condicionantes hasta ese momento, del 15 de agosto del 2020, en que se modula su ejercicio en el sentido expuesto.

En fin, se ha demostrado que la conducta desarrollada por la denunciada no encaja en la tipicidad de la infracción leve por la que ha sido sancionada, debido a que en el momento en que fue identificada ejecutaba una

acción, fumar, incompatible con el uso de la mascarilla. Y aunque se hubiese acreditado la ejecución de la acción antijurídica típica y culpable por la actora, la demanda carecía de la competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora, no tanto por el hecho de no contar con la necesaria ordenanza a que se refieren el art. 139 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y el art. 45.2 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, sino por no comprenderse el lugar en que han tenido lugar los hechos dentro de las áreas de responsabilidad mínima sobre las cuales los ayuntamientos ejercen competencias de control sanitario. Por todo, apreciamos la disconformidad a Derecho de la actuación impugnada, se anula y revoca y estimamos la demanda.

Quinto.

En lo que a las costas del proceso se refiere, en el artículo 139.1 LJCA, se establece el principio de vencimiento objetivo. No obstante, el mismo precepto permite su limitación y atendiendo a la naturaleza y cuantía del litigio, se señala como límite máximo de la condena en costas, la suma de 50 euros.

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

FALLO

Estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el letrado Mauricio Ruiz Cenicerros, en nombre y representación de Otilia, frente al Concello de Sanxenxo y la resolución de su alcalde, de 14 de enero del 2021, que en el expediente nº 416-20, que declaro disconforme a Derecho, anulo y revoco.

Con imposición de costas, con el límite expuesto.

Notifíquesele esta sentencia a las partes del proceso, con la indicación de que es firme, por lo que contra ella no cabe interponer recurso alguno.

Remítase testimonio de esta sentencia a la Administración demandada, en unión del expediente administrativo.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, quedando la original en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.