



ADMINISTRACION DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

**XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2
VIGO**

SENTENCIA: 00180/2022

-

Modelo: N11600
C/ LALIN N° 4, PISO 5° EDIFICIO N°2
Teléfono: 986 817860/72/61 **Fax:** 986 817873
Correo electrónico:

Equipo/usuario: JC

N.I.G: 36057 45 3 2022 0000267
Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000136 /2022 /
Sobre: ADMON. LOCAL
De D/Dª:
Abogado: JESUS LORENZO CUERVO
Procurador D./Dª:
Contra D./Dª CONCELLO DE VIGO
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO
Procurador D./Dª

SENTENCIA N° 180/22

En Vigo, a 28 de julio de 2022

Vistos por mí, Marcos Amboage López, magistrado-juez del Juzgado de lo contencioso-administrativo n° 2 de Vigo, los presentes autos de procedimiento abreviado, seguidos a instancia de:

- representado y asistido por el letrado/a: Jesús Lorenzo Cuervo, frente a:

- Concello de Vigo representado y asistido por el letrado/a: Xesús Manuel Costas Abreu.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal indicada en el encabezamiento presentó el 25 de abril del 2022 demanda de recurso contencioso-administrativo frente a la resolución de la demandada, concejal de seguridad, de 16 de febrero del 2022, desestimatoria del recurso de reposición presentado frente a la previa, sancionadora, que en el expediente n° 20533-310 impuso a la actora una multa de 80 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 28 de abril del 2022, se reclamó el expediente administrativo de la Administración demandada, se recibió el 13 de junio del 2022, 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 16 de junio del 2022, 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 80 euros.

Abierto el trámite de prueba, se ha admitido la documental y el expediente administrativo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión no es dilucidar si el recurrente con el comportamiento denunciado ha incumplido las obligaciones establecidas en la normativa sanitaria, sino que estriba en resolver si en el momento de los hechos, 3 de febrero del 2021, la demandada contaba con competencia para su sanción, y nosotros entendemos que no, por la simple razón de que el ejercicio de esta potestad, la sancionadora, se encuentra rígidamente sometida al principio de legalidad, lo que comporta que también alcance la vertiente competencial, de manera que la Administración tiene que tenerla atribuida legal y previamente para ser ejercitada válidamente, art. 25.1 y 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público:

“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 XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

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



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

Nos parece que la resolución de 12 de junio de 2020, de la Secretaría General Técnica de la Consellería de Sanidad, por la que se da publicidad del Acuerdo del Consello de la Xunta, de 12 de junio de 2020 (DOG 13 de junio del 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, puede complementar la normativa sanitaria que se fundamenta infringida por la recurrente, pero no es un instrumento válido, ni suficiente para soportar la competencia de las entidades locales para el ejercicio de dicha potestad en la materia que nos ocupa.

De manera que, en el momento de los hechos denunciados, la demandada carecía de competencia sancionadora en este ámbito, por mucho que el referido Acuerdo autonómico encomendase a las entidades locales que velasen por su cumplimiento. Ya lo hemos dicho en anterior pronunciamiento y no somos amigos de cansar, con inútiles reiteraciones; entendemos que la mejor prueba de lo que estamos motivando lo representa el hecho de que el legislador autonómico modificase la Ley, en febrero del 2021, con el principal fin de atribuir la competencia sancionadora en esta materia a las entidades locales y de paso, cumplir y respetar el principio de legalidad al que nos referíamos y el de tipicidad como manifestación del mismo. Naturalmente, como cualquier disposición sancionadora no favorable, o restrictiva de derechos individuales, el mandato constitucional prohíbe cualquier proyección retroactiva, débil o fuerte, de la nueva norma, por lo que la nulidad de la actuación sancionadora predicada respecto de hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia se alumbra clara.

SEGUNDO.- Supuestamente el hecho denunciado ha sido no cumplir con la obligación de uso de máscara, cuando el recurrente imaginamos que caminaba por la calle Marqués de Alcedo, de Vigo, a la altura de su nº1, el 3 de febrero del 2021, sobre las nueve de la mañana.

Y recalcamos que suponemos e imaginamos esas circunstancias porque en el expediente administrativo no hemos encontrado la copia de la denuncia extendida por el agente de la policía local nº . Está el acuerdo de incoación del expediente sancionador, pero no la denuncia, lo que nos impide conocer las circunstancias concretas en las que habrían tenido lugar los hechos denunciados que, como luego veremos, poseen especial trascendencia a efectos de su eventual tipicidad. Y es que, avanzamos desde ya, que el tipo infractor por el que se pueda imponer sanción, en modo alguno cabe ser



entendido como la acción de no portar la mascarilla simple y llanamente.

En todo caso y con carácter previo al estudio de la tipicidad, conviene detenerse en el estudio del siguiente Derecho:

Artículo 6 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 vigente en el momento de los hechos pero derogado desde marzo del 2021 por la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, sobre el uso obligatorio de mascarillas, disponía: "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 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.

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.

TERCERO.- 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. 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 que es un concepto un espacio que posee la suficiente singularidad como para que, en caso de ser esa la voluntad del legislador, se hubiese mencionado de manera expresa, sin que quepan construcciones que asimilen el concepto al de un lugar de “convivencia humana”. No es la calle un lugar de convivencia humana en una interpretación lógica y sistemática de las anteriores normas, que se refieren en todos los casos a espacios cerrados, más o menos de naturaleza privada, que no pueden ser equiparados al término mucho más amplio de la vía pública que deliberadamente estaba ausente en la relación de espacios respecto de los que las entidades locales podían ejercer sus competencias en materia sanitaria, o de salud 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.

CUARTO.- 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 sanitaria o de salud 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 Vigo 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



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

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 en el momento de los hechos el Concello de Vigo 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 fuera manifiesta, en todo caso, sería anulable a tenor de lo establecido en el art. 48 LPAC.

QUINTO.- 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 que al recurrente se le ha sancionado por la infracción de lo dispuesto en el art. 41 g) de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia que, en el momento de los hechos, expresaba:

"Sin perjuicio de las que se establezcan por otras leyes especiales, se tipifican como infracciones sanitarias leves las siguientes:

g) El incumplimiento, por simple negligencia, de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en la normativa sanitaria, así como cualquier otro comportamiento, a título de imprudencia o inobservancia, siempre que se produzca alteración o riesgo sanitario y éste sea de escasa incidencia."

Vemos como la tipicidad de la infracción nos enseña desde la perspectiva objetiva, un precepto parcialmente en blanco, por cuanto efectúa una remisión a elementos definitorios del tipo que se encuentran en otra normativa, la sanitaria, y también, contiene una fórmula condicional puesto que la conducta que se reputa infractora no es de mero incumplimiento normativo, sino que exige que se acompañe de una alteración o riesgo sanitario, aunque sea de escasa incidencia, o mejor dicho, solo si es de esa naturaleza.

No debe ser preciso aclarar que ese elemento del tipo, como cualquier otro, no se presume, debe acreditarse en cada caso concreto, de manera que, en relación a la tipicidad que nos ocupa, podemos imaginar situaciones en las que el individuo camine en solitario por un lugar remoto, o no remoto pero alejado de otras personas, y resulta complicado entender que con esa sola acción, a pesar de no portar la mascarilla, se pueda causar alteración o riesgo sanitario de escasa incidencia.



En todo caso, por lo que respecta a la remisión normativa que efectúa la Ley, hay que recordar 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, como adelantamos, desconocemos por completo los términos de la denuncia, porque ignoramos si el recurrente paseaba solo, o acompañado, incluso surge la duda sobre si paseaba, o a caso iba en en su coche. En fin, no sabemos si se encontraba a menos de 1,5 metros de otra persona, de otro viandante, y por tanto, no podemos conocer si se ha producido la tipicidad que exige para la apreciación de la infracción en la vía pública que no se porte la mascarilla y que no sea posible garantizar el mantenimiento de una distancia de seguridad interpersonal que se ha establecido en la anterior medida, como sinónimo de la situación en la que antes vimos que se considera producida una alteración o riesgo sanitario de escasa incidencia.

Entonces, la norma infractora no supone el castigo de aquellos que no porten la mascarilla en la vía pública, sin más, esa conducta no constituye la infracción que nos ocupa, el tipo contiene una segunda parte que comienza por un SIEMPRE QUE NO. De manera que no cabe en la Ley, en la



tipicidad que dibuja esta infracción, el castigo indiscriminado de todos aquellos que no porten la mascarilla, en cualquier lugar y circunstancia, ya paseen por el medio del monte, ya lo hagan por el medio de la calle Príncipe, de Vigo, a hora punta.

Si no se expresa la distancia concreta a la que se hallaba el denunciado por no llevar mascarilla, respecto de la otra persona/s que le acompañaban, o con las que se cruzó, y la denuncia no se complementa con un elemento expresivo de este capital dato, tendremos un serio problema con la tipicidad de la conducta y su prueba, ya que la sola manifestación del agente, vaga e imprecisa, al respecto, no parece bastante para desvirtuar la presunción de inocencia que asiste a cualquier ciudadano, incluso en los supuestos de infracciones leves, y también en los estados de alarma.

Comprendemos los argumentos vertidos por la defensa de la demandada en el acto del juicio, en cuanto que las corporaciones locales se vieron abocadas al ejercicio de esta potestad, ante la insuficiencia de medios personales de otras Administraciones competentes, singularmente la autonómica, para la vigilancia del cumplimiento de la normativa sanitaria. Comprendemos también la legítima finalidad de prevención general que se perseguía con el ejercicio de esta potestad sancionadora, pero a este órgano jurisdiccional le corresponde velar por el escrupuloso respeto a las garantías del procedimiento sancionador, regido en todas sus facetas por el principio de legalidad y tipicidad.

En fin, no se ha demostrado que la conducta desarrollada por el denunciado encaje en la tipicidad de la infracción leve por la que ha sido sancionado, 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, un jardín público, dentro de las áreas de responsabilidad mínima sobre las cuales los ayuntamientos ejercían en aquel momento, competencias de control sanitario.

Creíamos que se trataba de una errata de la demanda, sin mayor trascendencia, pero al analizar la carta de pago emitida por la demandada respecto de la sanción impuesta al recurrente, vemos que no fue así, y que el error, en su caso, hay que imputárselo a ésta ya que calificó la infracción como "muy grave" y apercibió al denunciado de que la infracción llevaba aparejada la retirada de 4 puntos.



Por todo, apreciamos la disconformidad a Derecho de la actuación impugnada, se anula y revoca y estimamos la demanda.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

SEXTO.- En lo que a las costas del proceso se refiere, en el artículo 139.1 LJCA, se establece el principio de vencimiento objetivo y que no se impongan cuando existan serias dudas jurídicas, como es el caso, debido al siempre indeseable efecto de la existencia de pronunciamientos judiciales contradictorios respecto de esta misma materia sobre la base de unos mismos hechos.

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

FALLO

Estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el letrado Jesús Lorenzo Cuervo, en nombre y representación de , frente al Concello de Vigo y la resolución de su concejal de seguridad, de 16 de febrero del 2022, confirmatoria en reposición de la recaída en el expediente nº 20533-310 que declaro disconforme a Derecho, anulo y revoco.

Sin imposición de costas.

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.