

Dictamen nº: **333/21**
Consulta: **Consejo de Gobierno**
Asunto: **Consulta Facultativa**
Aprobación: **06.07.21**

DICTAMEN del pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 6 de julio de 2021, emitido ante la consulta facultativa formulada por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, al amparo del artículo 5.4 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, relativa a la competencia de los Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid para incoar, tramitar y resolver expedientes sancionadores derivados del incumplimiento de las medidas de prevención aprobadas para la lucha contra el COVID-19

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 25 de mayo de 2021, el consejero de Sanidad eleva al Consejo de Gobierno petición formal para proceder a recabar de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo, la emisión de dictamen sobre las siguientes cuestiones:

“1.-Si los ayuntamientos de la Comunidad de Madrid tienen competencia para incoar, tramitar y resolver expedientes sancionadores derivados del incumplimiento de las medidas de prevención aprobadas para la lucha contra el COVID-19 en los casos de conductas tipificadas

como infracción en la legislación sanitaria vigente, siempre que esas conductas se produzcan en los ámbitos sobre los que ejercen competencias en materia de control sanitario conforme al artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, artículo 42.3 de la Ley 14/1986, de 25 abril, General de Sanidad y artículo 137 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.

2.-En caso afirmativo si resulta necesario que, para el ejercicio de la potestad sancionadora en relación con el incumplimiento de las medidas de prevención aprobadas para la lucha contra el COVID-19, los Ayuntamientos deban aprobar una ordenanza al respecto o si tal aprobación no será requisito necesario para la imposición de sanciones por la comisión de infracciones en esta materia ya que se encuentran tipificadas en la Ley General de Salud Pública o en la Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.

3.- Si deberán ser sancionados por los Ayuntamientos, por afectar a ámbitos relacionados con el control sanitario de competencia municipal, los incumplimientos de las medidas de prevención frente al COVID-19 establecidas por la Administración autonómica y estatal que se refieran a requisitos de ejercicio de las actividades, o actividades prohibidas o suspendidas, normas de aforo de locales o actividades u horarios de cierre, entre otras conductas, así como ejercer la potestad sancionadora que derive del incumplimiento del uso de mascarilla en actividades y establecimientos públicos, en la vía pública o parques o espacios públicos municipales y en el transporte urbano, por tratarse de ámbitos relacionados con el control sanitario de actividades, servicios y lugares de convivencia humana que resulta de competencia municipal”.

El Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, en su reunión de 2 de junio de 2021, acordó: “Solicitar, de conformidad con el artículo 5.4 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo, el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid sobre

la consulta formulada por la Consejería de Sanidad relativa a la competencia para incoar, tramitar y resolver procedimientos de naturaleza sancionadora derivados del incumplimiento de las medidas preventivas adoptadas como consecuencia de la crisis sanitaria causada por el COVID-19.

SEGUNDO.- Dicha consulta tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora el 4 de junio de 2021, por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Hernández Claverie, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por unanimidad en el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 6 de julio de 2021.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la siguiente documentación:

Certificación del Acuerdo de Consejo de Gobierno de fecha 2 de junio de 2021.

- Informe del Consejero de Sanidad de 25 de mayo de 2021 solicitando al Consejo de Gobierno la elevación de la consulta.

- Anexo 1 texto consolidado de la Orden 668/2020, de 19 de junio, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio.

- Anexo 2 copia de la Orden 572/2021, de 7 de mayo, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

- Anexo 3 copia de la Orden 700/2021, de 28 de mayo, por la que se modifica la Orden 572/2021, de 7 de mayo, de la Consejería de Sanidad.

- Anexo 4 Informe CCG 263/2020, de 14 de octubre, del Consejo Consultivo de Galicia sobre cuestiones relativas a la potestad sancionadora en relación con el COVID-19.

TERCERO.- La consulta elevada por el consejero de Sanidad parte de los siguientes antecedentes:

“Como consecuencia de la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 el Gobierno de España declaró, mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, el estado de alarma en todo el territorio nacional, al amparo del artículo 116 de la Constitución y de las letras b) y d) del artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Dicho estado de alarma fue prorrogado en seis ocasiones, la última mediante el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, que extendió su vigencia hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020.

Durante el referido estado de alarma y mediante Acuerdo de 28 de abril de 2020 el Consejo de Ministros aprobó el denominado Plan para la transición hacia una nueva normalidad, en el que se establecían los principales parámetros e instrumentos para la consecución de la normalidad a través de un proceso gradual de reducción de las medidas de contención en función de la evolución de los datos epidemiológicos.

Tras la última prórroga del estado de alarma aprobada por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, culminó dicho proceso y a partir de ese momento resultó de plena aplicación en la Comunidad de Madrid el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, (sustituido 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.

Dada la imprevisible evolución de la situación sanitaria, el estado actual de la investigación científica y la incertidumbre en relación con las formas de contagio y propagación del virus, la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid en su calidad de autoridad sanitaria, ha adoptado una serie de medidas de prevención y contención de carácter temporal con el objeto de permitir hacer frente a la crisis sanitaria y asegurar un adecuado control de la propagación de la enfermedad en este ámbito territorial, teniendo en cuenta el nuevo escenario iniciado tras la expiración de la vigencia del estado del alarma y el decaimiento de la eficacia de las medidas de contención derivadas de su adopción.

Dichas medidas preventivas se recogieron principalmente (aunque no exclusivamente) en la Orden 668/2020, de 19 de junio, de la Consejería de Sanidad y sus sucesivas modificaciones (actualmente sustituida por la Orden 572/2021, de 7 de mayo, de la Consejería de Sanidad), siendo adoptadas de conformidad con las competencias atribuidas a esta Administración por la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, el artículo veintiséis.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, y el artículo 55.1 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.

Dentro de estas medidas preventivas y al amparo del marco legal establecido en el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, sustituido en la actualidad por la Ley 2/2021, de 29 de marzo, se recogen una serie de obligaciones de carácter higiénico-sanitario (uso de mascarilla para mayores de seis años, observancia de la distancia de seguridad..), así como limitaciones al ejercicio de determinadas actividades (horario,

aforo, etc...) que afectan a la práctica totalidad de la actividad social y económica y cuya observancia se configura como una obligación para sus destinatarios, de tal manera que su eventual incumplimiento puede derivar en el correspondiente expediente sancionador.

En este sentido, el apartado sexto de la Orden 668/2020, de 19 de junio (en idénticos términos se pronuncia la actual Orden 572/2021, de 7 de mayo, de la Consejería de Sanidad) dispone que "La incoación, instrucción y resolución de los expedientes sancionadores corresponderá a la autoridad municipal o autonómica competente por razón de la actividad, establecimiento, local, instalación, recinto, espacio de uso público o vía pública en los que se cometa la infracción".

Con posterioridad y como consecuencia de la declaración del estado de alarma adoptado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, acordado en Consejo de Ministros con el fin de contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 y prorrogado hasta las 00:00 horas del día 9 de mayo de 2021 mediante Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, las autoridades competentes delegadas durante el mismo (Presidentes de las comunidades y ciudades autónomas) se encontraron habilitadas para dictar las órdenes, resoluciones y disposiciones necesarias para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11 del citado Real Decreto, entre ellas para adoptar medidas de limitación de movilidad en horario nocturno, restricciones de entrada y salida de determinados ámbitos territoriales así como limitaciones a la participación en agrupaciones de personas.

Dichas medidas se recogieron en diferentes Decretos de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, siendo los más destacados a los efectos que interesan el Decreto 29/2020, de 26 de octubre y el Decreto 27/2021, de 9 de abril.

Desde que decayó en la Comunidad de Madrid el estado de alarma declarado mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, los

servicios de inspección municipales y autonómicos, en sus respectivos ámbitos competenciales según el sector de actividad de que se trate, junto con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y las diferentes Policías Locales son los encargados de vigilar el cumplimiento de las medidas sanitarias adoptadas como consecuencia de la emergencia sanitaria causada por el COVID-19.

Dada la duración en el tiempo y la intensidad de las medidas que afectan a la población en su conjunto se ha objetivado un importante número de denuncias levantadas en los últimos meses, principalmente por agentes de los diferentes cuerpos policiales (Guardia Civil, Cuerpo Nacional de Policía y Policías Locales), como consecuencia de incumplimientos de las medidas preventivas frente al COVID-19 en nuestra región.

El principal incumplimiento objeto de denuncia lo constituye la inobservancia de la obligación del uso de mascarilla, seguido a distancia por el incumplimiento de las limitaciones de entrada o salida de núcleos de población restringidos por alta incidencia, la estancia en vía pública sin causa justificada en horario nocturno cuando la libertad de circulación se encontraba limitada, la participación en grupos en un número mayor del permitido y los incumplimientos de horarios o aforo en determinados establecimientos.

La mayoría de las infracciones objeto de denuncia son constitutivas de infracciones sanitarias calificadas como leves y, en particular, el incumplimiento mayoritario (mascarilla) se sanciona con multa de 100 euros en virtud de lo previsto en el artículo 31.2 del Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio (actual Ley 2/2021, de 29 de marzo)".

Tras estos antecedentes, y una vez expuesto el marco jurídico que considera de aplicación, así como referencias al Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de Galicia ante una consulta análoga, eleva la solicitud

de dictamen atendiendo a la relevancia e impacto que puede tener en la Comunidad de Madrid la cuestión relativa a la determinación de la autoridad o autoridades competentes para ejercer la potestad sancionadora por los incumplimientos derivados de las medidas para hacer frente al COVID-19 habida cuenta del elevado número de denuncias levantadas por los diferentes cuerpos policiales en relación a estos incumplimientos.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora resulta facultativa, de acuerdo con lo estipulado en los artículos 5.4 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, y reguladora de la Comisión Jurídica Asesora, a cuyo tenor el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid o su Presidencia podrán recabar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora en aquellos otros asuntos que lo requieran por su especial trascendencia o repercusión.

En la consulta que se formula, el elevado número de procedimientos sancionadores que, previsiblemente, pueden derivarse de los incumplimientos de las medidas de prevención y contención frente al COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Madrid y las dudas jurídicas razonables que plantea la competencia para su incoación y tramitación, justifica la existencia de esa especial trascendencia y/o repercusión.

Al tratarse de una consulta facultativa de especial trascendencia y repercusión social, le corresponde al Pleno de esta Comisión Jurídica

Asesora la emisión de Dictamen, de conformidad con el artículo 16.3 del ROFCJA.

SEGUNDO.- La consulta formulada plantea el problema de la titularidad de la potestad sancionadora o más concretamente, el de la competencia para su ejercicio.

Esta potestad de las Administraciones públicas se encuentra sujeta al principio de legalidad, que no solo exige, conforme al artículo 25 de nuestra Constitución, la reserva de ley formal para la tipificación de las infracciones y sanciones, sino que también hace necesario que la potestad este atribuida por norma de igual rango. En ese sentido se manifiesta el artículo 25 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), al disponer: *“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 XI 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”.

No obstante, debe tenerse presente que la potestad sancionadora no es una competencia autónoma si no que está vinculada a la competencia material, y así el Tribunal Constitucional de forma reiterada viene señalando que la atribución de la competencia ejecutiva comprende la de la potestad sancionadora en la materia sobre la que se ejerce (por todas, SSTC 87/1985, de 16 de julio; 227/1988, de 29 de noviembre; 195/1996, 104/2013 y 272/2015, de 17 de diciembre).

Así, en tanto la competencia sobre una materia puede ser concurrente, la delimitación de la potestad sancionadora sobre la misma y su efectivo ejercicio puede no ser sencilla, máxime si la legislación sectorial no es lo suficientemente precisa al respecto como sucede, podemos adelantar, en materia sanitaria.

En todo caso, antes de adentrarnos en el análisis del régimen sancionador en materia sanitaria, debemos analizar las singularidades de la potestad sancionadora de las entidades locales.

A este respecto, el principio de legalidad al que está sujeta la potestad sancionadora ha condicionado el ejercicio de esa potestad por la Administración local al carecer de potestades legislativas. Por tanto, la facultad de las entidades locales estaba siempre sujeta a la previa ley estatal o autonómica que delimitase el régimen sancionador. La Sentencia 2001/132 del Tribunal Constitucional, viene a clarificar y, en cierta medida, flexibilizar la reserva de ley en la atribución de potestades administrativas sancionadoras a los Ayuntamientos al decir:

“también la exigencia de ley para la tipificación de infracciones y sanciones ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal y siempre que la regulación local la apruebe el Pleno del Ayuntamiento. Esta flexibilidad no sirve, con todo, para excluir de forma tajante la exigencia de ley. Y ello porque la mera atribución por ley de competencias a los Municipios –conforme a la exigencia del art. 25.2 LBRL– no contiene en sí la autorización para que cada Municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia. No hay correspondencia, por tanto, entre la facultad de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por Ordenanza Municipal puede o debe ser castigada. La flexibilidad

alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador.

Del art. 25.1 CE derivan dos exigencias mínimas, que se exponen a continuación. En primer término, y por lo que se refiere a la tipificación de infracciones, corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; no se trata de la definición de tipos –ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de Ordenanza Municipal– sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción . En segundo lugar, y por lo que se refiere a las sanciones, del art. 25.1 CE deriva la exigencia, al menos, de que la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza Municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica”.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de diciembre de 2003 (4465/1999), da un paso más al reconocer una potestad sancionadora plena en lo que constituye el núcleo esencial de sus competencias materiales, diciendo: que “la tipificación de las infracciones y sanciones mediante Ordenanzas de los Ayuntamientos, puede efectuarse válidamente, incluso aunque no exista Ley estatal o autonómica previa, siempre que se ejerzan las potestades administrativas en materia de competencia típica de los Ayuntamientos como es el caso de autos, aunque respetando la escala de multas por razón de la cuantía y guardando la debida proporcionalidad, así como teniendo en cuenta las características demográficas, económicas y sociales de los municipios”.

La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, viene a plasmar la anterior doctrina en nuestro ordenamiento jurídico, introduciendo el Título XI en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que en su artículo 139 dispone: *“Para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes”*.

Este reconocimiento expreso de la potestad sancionadora se encuentra no obstante sujeta a dos límites: no debe existir ley sectorial específica y debe circunscribirse al estricto ámbito de las relaciones vecinales locales o al uso de servicios o equipamientos municipales.

Así, estamos ante una potestad muy limitada por razón de la materia, siendo interpretada de manera restrictiva por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, como es muestra de ello la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 13 de octubre de 2005 (Recurso 171/2004), en la que se anula el régimen sancionador de una ordenanza municipal madrileña, diciendo: *“la conducta de no proteger los cruces de calzada conforme a lo establecido en esta Ordenanza, ni impide el uso de un servicio público por otra u otras personas con derecho a su utilización, ni obstruye el normal funcionamiento de un servicio público ni supone un deterioro grave y relevante de equipamientos, infraestructuras, instalaciones o elementos de un servicio público, ni impide el uso de un espacio público por otra u otras personas con derecho a su utilización ni supone un deterioro de espacios públicos o de cualquiera de sus instalaciones y elementos”*.

Por tanto, el ejercicio de la potestad sancionadora por los Ayuntamientos, que prevé con carácter general el artículo 4.1 f) LBRL, está

determinado por la legislación sectorial estatal y autonómica salvo en el estricto ámbito al que se refiere el citado artículo 139 LBRL.

TERCERO.- En materia sanitaria cabe recordar que el artículo 148.1.21ª de la Constitución, dispone que las competencias en materia de sanidad e higiene pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas y el artículo 149.1.16ª atribuye al Estado la competencia de “*Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad*”.

Al amparo de esa previsión constitucional, el artículo 27 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid asumió las competencias de desarrollo legislativo, reglamentario y ejecución en las materias de “*sanidad e higiene*”, en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca.

Así, se configura la sanidad como una materia sobre la que hay competencias compartidas por el Estado y las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de aquellas complementarias que la ley atribuye a los Ayuntamientos.

Al margen de las competencias exclusivas en materia de sanidad exterior, el Estado tiene una función de coordinación y de aprobación de la legislación básica. Sobre el concepto de legislación básica se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Constitucional, cuya doctrina puede resumirse en lo expresado en la Sentencia 39/2014, de 11 de marzo:

«Esta doble vertiente de lo básico ha sido objeto de especial atención desde el pronunciamiento de la STC 69/1988, de 19 de abril, en cuyo fundamento jurídico 5 se hace hincapié en que la esfera material de lo básico responde al propósito de evitar “que puedan dejarse sin contenido o constitucionalmente cercenadas las competencias autonómicas”, en tanto que con la vertiente formal se trata de “velar

porque el cierre del sistema no se mantenga en la ambigüedad permanente que supondría reconocer al Estado facultad para oponer sorpresivamente a las Comunidades Autónomas, como norma básica, cualquier clase de precepto legal o reglamentario al margen de cuál sea su rango o estructura”.

A la satisfacción de la primera de estas finalidades responde la noción material de lo básico, acuñada por la doctrina constitucional desde la temprana STC 1/1982, de 28 de enero (RTC 1982, 1), FJ 1, conforme a la cual “la definición de lo básico por el legislador estatal no supone que deba aceptarse que, en realidad, la norma tiene ese carácter, pues, en caso de ser impugnada, corresponde a este Tribunal, como intérprete supremo de la Constitución, revisar la calificación hecha por el legislador y decidir, en última instancia, si es materialmente básica por garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto” (STC 69/1988, FJ5).

La dimensión formal de lo básico se traduce en la preferencia por la ley formal, pues “solo a través de este instrumento normativo se alcanzará... una determinación cierta y estable de los ámbitos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y reglamentarias autonómicas”; preferencia que se completa con la posibilidad excepcional de que mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria el Gobierno regule «alguno de los preceptos básicos de una materia, cuando resulten, por la competencia de ésta, complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia sobre las bases”».

El marco legislativo básico en materia sanitaria y más concretamente, de salud pública, que es la que nos concierne, ha estado constituida por Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS); la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública y Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP).

La LGS recoge en sus artículos 32 a 37 el régimen sancionador básico, sin establecer una previsión específica sobre las administraciones competentes para la incoación, tramitación y resolución de los procedimientos sancionadores en materia sanitaria. Por su parte, la LGSP dedica su Título VI al régimen sancionador, diciendo el artículo 56.1 “*Son infracciones administrativas en salud pública las acciones y las omisiones que se tipifican en los artículos siguientes, así como las que, en su caso, pueda establecer la legislación autonómica o local*”. Por su parte el artículo 61 dispone: “*La incoación, tramitación y resolución de los expedientes sancionadores corresponderá a la Administración competente por razón del territorio y la materia*”.

La Comunidad de Madrid, en el ejercicio de sus competencias, dictó la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid (LOSCAM) y, a diferencia de la mayor parte de las restantes comunidades autónomas, carece de una ley propia de salud pública, estando esta materia regulada dentro de la citada ley ordenadora en su Título VI. Por su parte, el Título XIII lo dedica al régimen sancionador, cuyo artículo 146 determina la competencia sancionadora disponiendo: “*Corresponde el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de sanidad a los Órganos de la Administración de la Comunidad de Madrid que se determine competentes en la correspondiente normativa orgánica*”; y tras especificar unas atribuciones por razón de la cuantía a los directores generales, consejero y Consejo de Gobierno, su apartado 2 señala:

“Los Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid podrán ejercer la potestad sancionadora en relación con las infracciones previstas en esta Ley hasta el límite que se establezca reglamentariamente, siempre que dichas infracciones afecten a las áreas de responsabilidad mínima sobre las que ostenta competencias de control sanitario.

A tal efecto, deberá comunicarse a la Consejería competente en materia de sanidad de la Comunidad de Madrid la ordenanza municipal por la que se acuerda ejercer dicha potestad sancionadora, así como la incoación de expedientes sancionadores y las resoluciones definitivas que en su caso recaigan. Cuando por la naturaleza y gravedad de la infracción haya de superarse la cuantía máxima, se remitirán las actuaciones habidas a la Consejería citada, la cual deberá comunicar a las corporaciones locales que correspondan cuantas actuaciones se deriven de su intervención”.

Por tanto, la ley autonómica viene a prever el ejercicio de la potestad sancionadora de los ayuntamientos en materia sanitaria pero condicionado al desarrollo reglamentario, que veinte años después no se ha producido, y a la posterior aprobación de la ordenanza municipal.

Analizado el marco normativo general es preciso examinar la regulación aprobada a raíz de la pandemia por COVID-19. En concreto, como legislación básica se dictó el 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, posteriormente sustituido por la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de la misma denominación.

Esta ley, cuyo ámbito de aplicación, según dispone su artículo 2, es todo el territorio nacional, establece una serie de medidas de salud pública, si bien lo hace fijando unas líneas generales que las administraciones competentes deben concretar, a excepción de la obligatoriedad del uso de las mascarillas que se recoge de manera precisa

en su artículo 6. Por su parte, el artículo 31.1 dispone que el incumplimiento de las medidas de prevención y de las obligaciones establecidas contra el COVID-19, cuando constituyan infracciones administrativas en salud pública, serán sancionadas en los términos previstos en el título VI de la LGSP, y el artículo 31.2 tipifica el incumplimiento de la obligación de uso de mascarillas como infracción leve de la LGSP.

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

En desarrollo de esta legislación básica estatal frente al COVID, y en concreto en lo que respecta a su régimen sancionador, distintas comunidades autónomas han aprobado normas con rango de ley para su desarrollo, siendo ejemplo de ello la Ley 1/2021, de 29 de abril, por la que se establece el régimen sancionador por incumplimiento de las medidas de prevención y contención frente al COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Canarias, Decreto-Ley 7/2020, de 23 de julio, por el que se establece el régimen sancionador específico por el incumplimiento de las medidas de prevención y contención sanitarias para afrontar la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 en la Comunidad de Castilla y León, y el Decreto-ley 21/2020, de 4 de agosto, por el que se establece el régimen sancionador por el incumplimiento de las medidas de prevención y contención aplicables en Andalucía ante el COVID-19.

En la Comunidad de Madrid, no se ha aprobado ninguna ley al respecto siendo la Consejería de Sanidad la que ha venido dictando sucesivas ordenes de desarrollo. Así, si tomamos como ejemplo la Orden 572/2021, de 7 de mayo, de la Consejería de Sanidad, por la que se

establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, constatamos que su artículo 6 dispone:

“Los servicios de inspección municipales y autonómicos, en sus respectivos ámbitos competenciales según el sector de actividad de que se trate, serán los encargados de vigilar el cumplimiento de las medidas recogidas en esta Orden.

2. La incoación, instrucción y resolución de los expedientes sancionadores corresponderá a la autoridad municipal o autonómica competente por razón de la actividad, establecimiento, local, instalación, recinto, espacio de uso público o vía pública en los que se cometa la infracción”.

A la vista de este precepto y los análogos recogidos en ordenes anteriores cabe plantearse si los mismos constituyen el desarrollo reglamentario previsto en la LOSCAM para el ejercicio de la potestad sancionadora por los Ayuntamientos. Sin embargo, la respuesta debe ser negativa en tanto que la potestad reglamentaria originaria en la Comunidad de Madrid está atribuida al Consejo de Gobierno por el artículo 21 g) de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, a lo que se une que la propia ley ordenadora sanitaria autonómica en su Disposición Final Cuarta solo habilita al Consejo de Gobierno para su desarrollo, lo que nos lleva a excluir que las ordenes tengan rango normativo para dar cumplimiento a esa previsión legal.

No obstante, lo anterior, esa falta de desarrollo reglamentario de la LOSCAM no puede ser óbice para que, a los exclusivos efectos de los incumplimientos de las medidas sanitarias contra el COVID-19 previstas en la legislación estatal, los Ayuntamientos sean competentes para la incoación, tramitación y resolución de los procedimientos sancionadores dentro del ámbito propio de sus competencias materiales. En efecto, como hemos señalado anteriormente, el 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, y la posterior Ley 2/2021, de 29 de marzo, les habilita expresamente para ello en lo que respecta a los incumplimientos de las medidas extraordinarias que prevé y, muy concretamente, la obligatoriedad del uso de mascarillas cuya contravención se tipifica expresamente como infracción de la LGSP.

Por tanto, nos encontramos ante una legislación básica de carácter especial que expresamente ha querido otorgar a los Ayuntamientos esa potestad para sancionar las conductas contrarias a las medidas contra el COVID-19. A este respecto, hay que tener presente que la LOSCAM determina de la competencia sancionadora exclusivamente “*en relación con las infracciones previstas en esta ley*”, y no tipifica expresamente la falta de uso de mascarillas ni el incumplimiento de otras medidas contra la pandemia, sin que sea admisible acudir a infracciones abiertas o genéricas para sancionar infracciones tipificadas expresamente en la ley estatal especial.

Por otro lado, ninguna duda cabe que esa atribución legal para el ejercicio de la potestad sancionadora a las corporaciones locales se circunscribe a su territorio y lo que constituye el núcleo de su competencia material de control e inspección.

Así, estas competencias de las Corporaciones locales se concretan, de acuerdo con el artículo 42.3 LGS, 25. 2 LBRL y 137 LOSCAM, en la salubridad pública, control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, 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.

CUARTO.- Los razonamientos expuestos anteriormente son también trasladables a la cuestión planteada sobre la necesidad de aprobar una

ordenanza para el ejercicio de la potestad sancionadora por los Ayuntamientos.

En efecto, esa exigencia viene prevista en el antes citado artículo 146.2 de la LOSCAM, pero circunscrita a las infracciones previstas en esa ley y, como ya expusimos, el incumplimiento del uso de mascarillas y del resto de medidas sanitarias contra el COVID-19 viene recogidas como infracciones propias de la LGSP para todo el territorio nacional.

A ello cabría unir el propio objeto de las ordenanzas que, en materia sancionadora, lo constituye la determinación de las infracciones legalmente previstas y de sus sanciones. Así, cuando el régimen sancionador está suficientemente delimitado tanto en las infracciones como en las sanciones que les correspondan, la aprobación de una ordenanza no resulta necesaria y puede llegar a ser superflua. En ese sentido, debemos coincidir con lo expuesto en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de mayo de 2008 (Rec. 101/2006) donde se señala: *“el copiado o mera transcripción de leyes sectoriales bajo la cobertura formal de una Ordenanza genera una perturbación innecesaria sobre cuales sean las normas jurídicas aplicables al caso”*.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Los Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid tienen competencia, sin necesidad de aprobar ordenanzas municipales, para incoar, tramitar y resolver expedientes sancionadores derivados del incumplimiento de las medidas sanitarias de prevención aprobadas para la lucha contra el COVID-19 al amparo 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 y de la posterior Ley 2/2021, de 29 de marzo, siempre que esas conductas se produzcan en los ámbitos sobre los que ejercen competencias en materia de control sanitario.

Madrid, a 6 de julio de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 333/21

Ilmo. Sr. Viceconsejero de Asuntos Jurídicos y Secretario General del Consejo de Gobierno

C/ Puerta del Sol, nº 7 - 28013 Madrid