



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 102/2024

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 27 de febrero de 2024.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio, iniciado a instancia de (...), de la Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud n.º 2947/2021, de 10 de junio de 2021, recaída en el expediente sancionador 98/2021/TF, por la que fue sancionada por infracción grave a la normativa sanitaria (EXP. 30/2024 RO)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Sanidad, es el Borrador de Orden por la que se resuelve la solicitud de revisión de oficio de 14 de febrero de 2023 formulada por (...), contra la Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud número 2947/2021, de 10 de junio de 2021, recaída en el expediente sancionador número 98/2021/TF, por la que fue sancionado con multa de 3.001 € por infracción grave a la normativa sanitaria.

La legitimación de la Sra. Consejera para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D).b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), que permite a las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, previo dictamen favorable del órgano consultivo, declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 47.1 LPACAP.

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

Asimismo, de conformidad con lo previsto en el art. 106.1 LPACAP, es preciso que el dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar la nulidad del acto si el dictamen no lo considera así.

2. Instada la solicitud de nulidad por la propia interesada con fecha 14 de febrero de 2023, no se trata de un procedimiento iniciado de oficio por la propia Administración, por lo que no es susceptible de caducidad (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP).

Si bien cabe entender desestimada dicha solicitud por silencio administrativo por el transcurso del plazo de seis meses (art. 106.5 LPACAP), en todo caso subsiste el deber de la Administración de resolver expresamente este procedimiento (art. 21.1 y 6 LPACAP).

3. La revisión de oficio se fundamenta en el supuesto de nulidad contemplado en la letra a) del art. 47.1 LPACAP, en virtud de la cual son nulos los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

4. La competencia para resolver le corresponde a la Sra. Consejera, al tratarse de un acto de un organismo autónomo que preside y que depende del departamento del que es titular [art. 53 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, en relación con 29.1, g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, que dispone a las personas titulares de los Departamentos les corresponde incoar y resolver los expedientes de revisión de oficio de los actos del propio Departamento].

5. No se aprecian deficiencias formales que obsten un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

II

De la documentación obrante en el expediente remitido a este Consejo resulta que las cuestiones de hecho del presente procedimiento de revisión de actos nulos son las siguientes:

- Con fecha 9 de marzo de 2021 recayó Resolución del Director General de Salud Pública, en ejercicio de la competencia que le confiere el art. 16.2 del Decreto-Ley 14/2020, de 4 de septiembre, por el que se estableció el régimen sancionador por incumplimiento de las medidas de prevención y contención frente a la COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Canarias, por medio de la que se acordó la iniciación de expediente sancionador a (...), a consecuencia de los hechos recogidos en el acta-denuncia levantada el 22 de septiembre de 2020, a las 01:45 horas, en (...),

Cafetería (...), (...), término municipal de Arona, que fue extendida por los agentes de la autoridad actuantes n.º 13.884 y 11.011 de la Policía Local del Ayuntamiento de Arona.

Los hechos consignados en la citada acta-denuncia, referidos a la expedientada, fueron los siguientes:

«Se encontraba en los exteriores de un local cafetería que se encontraba cerrado, con grupo superior a 20 personas, haciendo uso del mobiliario exterior del local "terraza", consumiendo bebidas alcohólicas y sin mantener la distancia de seguridad interpersonal de 1,5 metros. Se adjuntan fotografías de las bebidas».

Se acompaña a la citada acta-denuncia Informe de 22 de septiembre de 2020, emitido por los mencionados agentes de la autoridad y dirigido al Subcomisario Jefe de la Policía Local del Ayuntamiento de Arona, del siguiente tenor literal:

«Los agentes de esta plantilla con número de identificación (...) y (...), por medio de la presente informan:

Que siendo las 01 horas y 45 minutos, mientras se encontraban realizando funciones de prevención con el vehículo radio-patrulla por (...) observan a un grupo de unas 40 personas en los exteriores del bar cafetería "(...)", ocupando mesas y sillas, un muro exterior y la acera, sin ningún tipo de control, de distancia de seguridad interpersonal, y la mayoría sin mascarilla.

Que los agentes proceden a intervenir y solicitan refuerzos de la Policía Nacional, ya que la otra patrulla de servicio se encontraba en otra intervención.

De las aproximadamente 40 personas se identifican y se denuncian a 15, ya que al advertir la presencia policial el resto se fue de forma apresurada.

Que dicho establecimiento se encontraba cerrado al público en ese instante, pero deja la terraza montada con sus mesas y sillas, pese a que hay muchas quejas de ruidos prolongadas en el tiempo, afectando incluso al edificio colindante que es la casa cuartel de la Guardia Civil. Por lo que los agentes le han informado "en reiteradas ocasiones" que para evitar este tipo de molestias debe recoger el mobiliario una vez finalice la actividad a lo que ha hecho caso omiso, por lo que su conducta puede ser cuanto menos negligente con la normativa de prevención del covid-19.

Que observando los envases de alcohol que se encontraban consumiendo, "latas de cerveza" los actuantes sospechan que los puede estar expidiendo en el supermercado 24 horas que se encuentra al lado, contraviniendo la legislación en cuanto a la prohibición de expedir bebidas alcohólicas después de las 22 horas y de algún modo facilitando esa

aglomeración de personas que se quedan hasta altas horas de la noche consumiendo en los exteriores».

- Esta resolución de inicio fue objeto de dos intentos de notificación sin éxito –el primero el 16 de marzo de 2021 a las 17:46 h, donde figura la mención «ausente de reparto», devuelto por el servicio de Correos al no haber sido retirado en lista, y el segundo intento el 13 de abril de 2021, a las 12.44. horas, con la mención “Dirección Incorrecta”-, efectuados ambos en la misma dirección que la consignada en la citada acta-denuncia levantada el 22 de septiembre de 2020 (Calle (...), número 73, (...), (...), Arona) y fueron llevados a cabo por parte del Servicio de Correos.

- En consecuencia, se procedió a practicar la notificación edictal mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado número 108, de 6 de mayo de 2021, con indicación de que si en el plazo de diez días hábiles no se hubiera efectuado la comparecencia se entendería efectuada la notificación, continuando la tramitación del expediente.

- No consta en el expediente la comparecencia de la expedientada ni la formulación de alegaciones a la resolución de inicio al expediente sancionador.

- Toda vez que no se formularon alegaciones a la Resolución de inicio del expediente sancionador, de conformidad con lo establecido en el art. 64.1.f) LPACAP, con fecha 10 de junio de 2021 recayó Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud número 2947/2021, con imposición de sanción de multa a (...), en cuantía de 3.001,00 €, por infracción grave a la normativa sanitaria.

Por los hechos descritos se imputó a la interesada la conculcación de lo dispuesto en el punto 1, apartados 1.º y 2.º del Anexo del Acuerdo de Gobierno de 19 de junio de 2020, por el que se establecen medidas de prevención 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, finalizada la vigencia de las medidas propias del estado de alarma (en la actualización operada mediante Acuerdo de Gobierno de 10.09.2020 -BOC núm. 187, de 11.09.2020-), donde se especifica el deber de todas las personas que se encuentren en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias de adoptar las medidas necesarias para evitar la generación de riesgos de propagación de la enfermedad COVID-19, debiendo respetarse las medidas de seguridad e higiene establecidas por la autoridad sanitaria, así como debiendo cumplirse con la medida de mantenimiento de la distancia de seguridad interpersonal.

Se imputó a la expedientada, como así se recoge en la referida Resolución número 2947/2021, de 10 de junio de 2021, como hecho constitutivo de infracción, la infracción grave tipificada en el art. 6.2.B).1 del Decreto-Ley 14/2020, de 4 de septiembre, por el que se estableció el régimen sancionador por incumplimiento de las medidas de prevención y contención frente a la COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Canarias:

«El consumo en grupo de alcohol o estupefacientes en la vía pública en grupo de número superior a 10 personas».

Por el hecho infractor cometido fue impuesta a la expedientada, de conformidad con el art. 8.1.b) del citado Decreto-Ley 14/2020, de 4 de septiembre, que fija las cuantías de las multas, en los casos de infracciones graves, desde 3.001 € hasta 60.000 €, una sanción de multa en cuantía de 3.001 €, es decir, en su grado mínimo y, dentro de éste, en su cuantía mínima.

- Esta resolución fue notificada a la interesada el día 16 de julio de 2021, en el mismo domicilio que figuraba en el acta de infracción correspondiente, esto es, en la calle (...), número 73, (...), Arona.

- No consta en el expediente que se formulara recurso de alzada contra la citada resolución sancionadora.

- Con fecha 25 de enero de 2023, comparece en las dependencias del Servicio de Régimen Jurídico, Registro y Sanciones, Dirección General de Salud Pública del Servicio Canario de la Salud, (...), en representación de la expedientada, solicitando copia de la documentación del expediente que le fue entregada en el acto. De todo ello se deja constancia en oficio de 25 de enero de 2023.

- Mediante escrito de fecha 14 de febrero de 2023 (...) presenta escrito por el que *«viene a ejercitar acción de declaración de nulidad contra el acuerdo resolutorio dictado por la Dirección del Servicio Canario de la Salud de conformidad con el artículo 106.1 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas».*

Asimismo, se solicita que *«Se tome como medida provisional de acuerdo con la regulación del artículo 56 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, la suspensión de la ejecución de los embargos trabados a mi patrocinado sobre las cuentas corrientes del mismo*

por la Agencia Tributaria Canaria para lo que se solicita se proceda a comunicar a esta última administración el acuerdo de suspensión instado como medida cautelar».

- La documentación citada en los antecedentes anteriores fue remitida a la Consejería con fecha de 27 de febrero de 2023, por la Dirección General de Salud Pública del Servicio Canario de la Salud.

- Con fecha 22 de mayo de 2023, reiterado el 27 de julio de 2023, desde la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad se instó a la Policía Local del Ayuntamiento de Arona, la ratificación de los hechos recogidos en la citada acta-denuncia e Informe de 22 de septiembre de 2020, por los agentes de la autoridad actuantes n.º (...) y (...).

El Informe de ratificación fue emitido por los indicados agentes de la autoridad actuantes con fecha 21 de septiembre de 2023, según el cual:

«Los agentes de esta plantilla con número de identificación (...) y (...), adscritos a la sección de tráfico y seguridad ciudadana respectivamente, en contestación a la solicitud de informe solicita por la Consejería de Sanidad, Secretaría General Técnica del Gobierno de Canarias, con registro de entrada en esta Policía 1823 de 28.07.2023, informan:

Que la persona denunciada, cuyos datos obran en dicha denuncia se encontraba congregada en el citado lugar, donde, como se puede observar, se estaba consumiendo alcohol, o como vulgarmente se conoce como botellón.

Que no es posible saber si la persona identificada se encontraba consumiendo alcohol, refresco o simplemente se encontraba en el lugar sin consumir nada, más bien lo que se pretendía denunciar era esa situación generalizada de aglomeración de personas en una época en la que los grupos eran o deberían ser reducidos, en el contexto de un botellón, donde era imposible determinar que consumía cada uno».

- Por Orden de la Consejera de Sanidad número 894/2023, de 23 de noviembre de 2023, se admitió a trámite la solicitud de revisión de oficio formulada por (...) contra la Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud número 2947/2021, de 10 de junio de 2021, recaída en el expediente sancionador número 98/2021/TF, se denegó la medida de suspensión de ejecución de dicha resolución y se concedió trámite de audiencia a la interesada, por un plazo de diez días, al objeto de que pueda alegar y presentar los documentos y justificaciones pertinentes.

- La Orden fue notificada con fecha 4 de diciembre de 2023, sin que se hubieran formulado alegaciones.

- Con fecha 10 de enero de 2024 se emitió Informe HAB.I.SAN 1/2024-C, por letrada habilitada del Servicio Jurídico.

- El Borrador de Orden resuelve estimar la solicitud de revisión de oficio formulada por la interesada contra la Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud número 2947/2021, de 10 de junio de 2021, recaída en el expediente sancionador número 98/2021/TF, por la que se le sancionó con multa de 3.001,00 € por infracción grave a la normativa sanitaria vigente, así como acordar la nulidad de pleno derecho de tal Resolución, al incurrir en la causa de nulidad de pleno derecho del art. 47.1.a) LPACAP: *«Los que lesionan los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional»*.

III

1. En el presente caso, la interesada únicamente invoca como causa de nulidad la letra a) del art. 47.1 LPACAP, que entre los actos administrativos nulos de pleno derecho tiene por tales a *«Los que lesionan los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional»*.

A) La argumentación que la interesada desarrolla en su reclamación en torno a este extremo se fundamenta, sobre todo, en la circunstancia de que la resolución sancionadora que se pretende revisar se basa en una norma declarada inconstitucional, mediante Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 148/2021, de 14 de julio de 2021, en relación al Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el primer estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Y de ahí que al efecto pretendido invoque el art. 40.1 *“in fine”* de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que extiende los efectos de la declaración de inconstitucionalidad *«en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad»*.

Esta excepción, según expone la STC 148/2021, de 14 de julio, viene impuesta por el art. 25.1 CE, pues estando vedada la sanción penal o administrativa por hechos que en el momento de su comisión no constituyan delito, falta o infracción administrativa, el mantenimiento de la sanción penal o administrativa que traiga

causa de una disposición declarada nula vulneraría el derecho a la legalidad penal consagrado en el indicado precepto constitucional.

La Propuesta de Orden, correctamente, refuta sin embargo la argumentación que a este respecto la interesada intenta hacer valer.

B) El Borrador de Orden, con la que este Consejo Consultivo está de acuerdo, arguye que los hechos imputados, de 22 de septiembre de 2020, no traen causa del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el primer estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, cuya vigencia finalizó el 21 de junio de 2020.

A resultas de ello, los preceptos anulados en nada inciden en relación con la infracción imputada, no estando vigente la declaración del primer estado de alarma en el momento de la comisión de los hechos, deviniendo las medidas incumplidas por la interesada en ningún caso del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de referencia.

Además, en el procedimiento sancionador no se imputó a la interesada infracción alguna por incumplimiento de las medidas que fueron establecidas durante la vigencia del estado de alarma, sino, una vez finalizada su vigencia, por el consumo de alcohol, incumpliendo las medidas de prevención y control para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 establecidas.

La normativa de la que trae causa la imposición de la sanción no se sustenta en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, sino del Decreto-Ley 14/2020, de 4 de septiembre, por el que se establece el régimen sancionador por incumplimiento de las medidas de prevención y contención frente a la COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Canarias, en cuyo art. 6.2.B).1 se establece como infracción grave el consumo en grupo de alcohol o estupefacientes en la vía pública en grupo de número superior a 10 personas.

En el sentido expuesto, se alude por la Propuesta de Resolución a varias sentencias de primera instancia en las que se reafirma que la declaración de inconstitucionalidad no tiene más efecto que sobre el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el primer estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, cuya vigencia finalizó el 21 de junio de 2020.

En definitiva, el Borrador de Orden concluye con que el alcance de la declaración de inconstitucionalidad alegada por la interesada no tiene incidencia en

la resolución sancionadora cuya revisión se insta. Este Consejo no puede sino confirmar que la nulidad del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no alcanza al acto que se pretende revisar.

2. Sin embargo, en su solicitud de revisión de oficio se afirma también por la interesada que *«la realidad es que no estaba consumiendo alcohol, si bien, sí se encontraba en un grupo de personas que no ascendía a más de 10, y sí que estaba respetando la distancia de seguridad regulada legalmente»*.

Y esta circunstancia resulta relevante a los efectos de apreciar la conformidad a Derecho de la Propuesta de Resolución que constituye el objeto de este Dictamen, porque es susceptible de reconducirse igualmente a la letra a) del art. 47.1 LPACAP, que la interesada invoca como fundamento de la revisión pretendida por ella y cuya concurrencia es apreciada por la Administración, acertadamente, en este caso.

En relación con la afirmación que realiza la interesada y que apenas acaba de transcribirse, en efecto, lo importante es recordar ahora lo que los agentes de la autoridad actuantes dejaban consignado con fecha 21 de septiembre de 2023 en su informe por el que proceden a la ratificación de la denuncia que sobre los hechos habían cursado con anterioridad:

«Que no es posible saber si la persona identificada se encontraba consumiendo alcohol, refresco o simplemente se encontraba en el lugar sin consumir nada, más bien lo que se pretendía denunciar era esa situación generalizada de aglomeración de personas en una época en la que los grupos eran o deberían ser reducidos, en el contexto de un botellón, donde era imposible determinar que consumía cada uno».

A) La falta de ratificación de la denuncia en los términos expuestos determina, en primer lugar, que dicha denuncia quede desprovista de valor probatorio. Y la sanción impuesta, al venir en este caso a carecer de este modo de todo soporte probatorio sobre el que fundarse, resulta nula de pleno derecho.

Entre las garantías constitucionales que resultan de aplicación al procedimiento administrativo sancionador al amparo del art. 24.2 de la Constitución, está expresamente reconocido por parte de la jurisprudencia constitucional el derecho fundamental *«a la presunción de inocencia»*; de modo que toda sanción administrativa requiere un principio de prueba para que pueda resultar constitucionalmente legítima.

Y las denuncias cursadas por la policía carecen de valor probatorio por sí solas, si no son ratificadas en el curso del procedimiento.

B) Por otra parte, ha sido vulnerado también el derecho fundamental a la legalidad sancionadora reconocido por el art. 25.1 de la Constitución, en cuanto que dicho derecho, como también tiene reiteradamente afirmado nuestra jurisprudencia constitucional, comporta en lo esencial una doble garantía, material (mandato de tipificación) y formal (exigencia de reserva de ley).

La primera de estas garantías conlleva la imperiosa necesidad de predeterminación de las conductas ilícitas («*lex certa*»); y las exigencias derivadas del mandato constitucional de tipicidad de las infracciones (y sanciones) han de observarse, tanto en el momento normativo del establecimiento mismo de los tipos infractores, como en la fase de su ulterior aplicación.

De tal manera que, por lo que se refiere a esto último, solo cabe anudar la sanción prevista a conductas que reúnan todos los elementos del tipo descrito (STC 437/1998, de 15 de noviembre). En otro caso, si la sanción se impone a resultados de una infracción que previamente no está tipificada como tal, se vulneraría el principio de tipicidad.

Pues bien, el tipo aplicado en el supuesto que nos ocupa anuda ineludiblemente la conducta infractora al consumo de alcohol, y resulta que no consta en el expediente el consumo de alcohol por parte de la interesada, sin que sea suficiente su participación en un grupo en el que alguno de sus integrantes en su caso sí lo haya hecho.

Sin la precisa identificación de los sujetos que efectivamente hayan consumido alcohol en la vía pública no cabe subsumir la conducta que se reprocha a la interesada en el tipo infractor al que se ha acudido en este caso [art. 6.2.B).1 del Decreto-ley 14/2020], como la Administración acertadamente señala en su Propuesta de Resolución.

C) Al haberse vulnerado del modo expuesto derechos y garantías constitucionalmente establecidas y cuya lesión es además susceptible de amparo constitucional, se ha incurrido, en definitiva, en la causa de nulidad de pleno derecho que para los actos administrativos aparece tipificada por el art. 47.1 LPACAP.

Por lo tanto, es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución sobre la que hemos de pronunciarnos.

3. Sin perjuicio de ello, como el acto que se pretende revisar es sancionador y por tanto es de carácter desfavorable para sus destinatarios, a la Administración le

es dable asimismo utilizar la potestad que le brinda el art. 109.1 LPACAP: *«Las Administraciones Públicas podrán revocar, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico»*. Y en estos procedimientos no es preceptiva la intervención de este Consejo, por lo que no nos pronunciaremos sobre la misma.

Ahora bien, que por virtud de lo expuesto pueda acudir a este procedimiento no significa que deba excluirse la vía de la revisión de oficio y que dicha vía sea además la procedente si lo que se pretende es acordar la nulidad de pleno derecho de los actos desfavorables o de gravamen, en el caso de que incurran en alguna de las causas determinantes de su nulidad y que actualmente están tipificadas en el art. 47.1 LPACAP.

El art. 106.1 LPACAP establece: *«Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo»*; sin distinción por razón de su contenido. Así lo viene reconociendo con carácter general el Consejo de Estado y nuestra propia doctrina consultiva.

C O N C L U S I Ó N

Procede la declaración de nulidad de la Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud número 2947/2021, de 10 de junio de 2021, recaída en el expediente sancionador número 98/2021/TF, por la que la interesada fue sancionada con multa de 3.001 € por infracción grave a la normativa sanitaria, tal como se razona en el Fundamento III.