

Sunyer, Abogados

*Pere Sunyer Bellido
Sara Canales García
Vicenç Cantos Guerrero*

*Derecho de la Administración Pública – Derecho Administrativo
Sanidad Pública – Médicos de Seguridad Social*

DICTAMEN

QUE SE EMITE ACERCA DEL EXAMEN DE LEGALIDAD DEL PROYECTO DE DECRETO DEL CONSEJO DE GOBIERNO DE LA COMUNIDAD DE MADRID, DE DESARROLLO Y APLICACIÓN DE LA LEY 28/2005, DE 26 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS SANITARIAS FRENTE AL TABAQUISMO Y REGULADORA DE LA VENTA, EL SUMINISTRO, EL CONSUMO Y LA PUBLICIDAD DE LOS PRODUCTOS DEL TABACO

I.- La Comunidad de Madrid es competente para el desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado, inclusive obviamente su desarrollo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sobre las materias relacionadas en el art.27 de su Estatuto de Autonomía aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero.

Entre las materias relacionadas en el artículo 27 de su Estatuto de Autonomía, se contempla la relativa a "*La sanidad e higiene*" (art.27.6) o la que expresamente refiere al desarrollo y ejecución de "*las bases y coordinación general de la sanidad*" en los términos de lo dispuesto en el número 16 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución (art.27.10), precepto constitucional al que de manera expresa refiere el apartado 1 de la

Sunyer, Abogados

*Pere Sunyer Bellido
Sara Canales García
Vicenç Cantos Guerrero*

*Derecho de la Administración Pública – Derecho Administrativo
Sanidad Pública – Médicos de Seguridad Social*

Disposición Final Primera de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de *medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.*

Es por ello, que la mención que contiene la exposición de motivos del proyecto de Decreto a que el mismo se dicta en ejercicio de la competencia atribuida a la Comunidad de Madrid por el art.27.4 de su Estatuto de Autonomía ("*Ordenación y planificación de la actividad económica regional en el ejercicio de las competencias asumidas en el marco de este Estatuto*"), deba considerarse como en sí misma errónea, en la medida en que la materia atribuida por el precepto en cuestión difiere de la que por lógica debe corresponder a la propia de la *sanidad e higiene.*

Asimismo, el apartado 2) de la Disposición Final Primera de la Ley 28/2005, establece que "*Corresponde a las Comunidades Autónomas, en su respectivo ámbito territorial, aprobar las normas de desarrollo y ejecución de esta Ley*", lo que supone que nos encontremos ante el ejercicio de una potestad reglamentaria de ejecución y desarrollo de la Ley, y no ante un reglamento autónomo o independiente.

II.- Por otro lado, la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo, se define a sí misma como legislación básica al establecer en el apartado 1) de su Disposición Final Primera que la misma "*se dicta con carácter básico al amparo del art.149.1.1ª, 16ª, 18ª y 27ª de la Constitución*", exceptuando sin embargo de dicha conceptualización a su artículo 10, relativo a las "*Reglas aplicables a denominaciones comunes*".

Sunyer, Abogados

Pere Sunyer Bellido
Sara Canales García
Vicenç Cantos Guerrero

*Derecho de la Administración Pública – Derecho Administrativo
Sanidad Pública – Médicos de Seguridad Social*

El artículo 149.1 de la Constitución define la competencia exclusiva del Estado para una formulación de *bases, normas básicas o legislación básica*, expresiones que indistintamente se utilizan para enunciar una competencia normativa estatal que no se agota con la regulación de la respectiva materia, sino que prevé la participación ulterior de las Comunidades Autónomas en dicha regulación mediante la promulgación de normas que el mismo artículo 149.1 califica como normas *de desarrollo*.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 99/1987) *"...la función propia de la legislación básica a la que con este término o con el de bases se refiere el artículo 149 CE en distintos apartados, es la de delimitar el campo legislativo autonómico, lo que no supone exclusión o vaciamiento de sus competencias, sino obligación de atenerse en el ejercicio de éstas al sentido, amplitud y fines de la materia básica, y sin que ello implique privar a las Comunidades Autónomas de sus competencias estatutariamente asumidas y sí sólo que su desarrollo haya de tener su referencia y límites en la materia básica, que cada Comunidad Autónoma ha de respetar"*.

III.- En el análisis de la relación entre la legislación básica estatal y las normas de derecho autonómico, cabe acudir, como ha señalado un sector doctrinal, a conceptos que proceden del Derecho federal comparado, y concretamente a los de preclusión, desplazamiento y condición de integración.

Por lo que refiere al concepto de preclusión, que aquí interesa, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de abril de 1983 señala que las bases *poseen un sentido positivo y otro negativo*. Mientras que el primero

Sunyer, Abogados

*Pere Sunyer Bellido
Sara Canales García
Vicenç Cantos Guerrero*

*Derecho de la Administración Pública – Derecho Administrativo
Sanidad Pública – Médicos de Seguridad Social*

marca los principios a desarrollar por la norma autonómica, el segundo constituye el límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias.

IV.- La promulgación de una Ley estatal básica como la que aquí se trata (Ley 28/2005, de 26 de diciembre) y su ejecución atribuible al ámbito autonómico, produce en ocasiones y por motivos que a menudo son ajenos al estricto desarrollo reglamentario, determinados problemas de exención territorial en la ejecución de la legislación estatal, lo que no excluye que deba entrar en juego la prevalencia del principio constitucional de sometimiento pleno de la Administración a la Ley que ejecuta (art.103.1 CE).

Operan así los remedios activos de impugnación de normas reglamentarias que, sean o no autonómicas, puedan contradecir aquello que se establece en la Constitución o en las Leyes a las que sirven de desarrollo formal o material.

Las normas reglamentarias contrarias a las Leyes son nulas de pleno derecho conforme a lo dispuesto por el artículo 62.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (*"También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las Leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior.."*).

Sunyer, Abogados

*Pere Sunyer Bellido
Sara Canales García
Vicenç Cantos Guerrero*

*Derecho de la Administración Pública – Derecho Administrativo
Sanidad Pública – Médicos de Seguridad Social*

V.- En el análisis de adecuación del proyecto de Decreto de la Comunidad de Madrid a la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, podemos centrarnos, sin perjuicio de un estudio más pormenorizado a llevar a cabo a la vista del texto que resulte a partir de su aprobación y ulterior publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, a cuanto resulta de su contraposición con los artículos 7 y 8 del Capítulo II de la Ley básica estatal.

a) Artículo 2.1 del proyecto.

El artículo 7.a) de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, establece, bajo el título de "*Prohibición total de fumar*", lo siguiente:

"Se prohíbe totalmente fumar, además de en aquellos lugares o espacios definidos en la normativa de las Comunidades Autónomas, en:

a) Centros de trabajo públicos y privados, salvo en los espacios al aire libre."

Frente a ello, el artículo 2.1 del proyecto de decreto, pretende partir de una definición de los "*Centros de trabajo*", en los siguientes términos:

"1. De acuerdo con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral."

Sunyer, Abogados

*Pere Sunyer Bellido
Sara Canales García
Vicenç Cantos Guerrero*

*Derecho de la Administración Pública – Derecho Administrativo
Sanidad Pública – Médicos de Seguridad Social*

El artículo 1.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores acota sin embargo dicha definición a su propio ámbito de aplicación, estableciendo:

"5. A los efectos de esta Ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral."

La remisión que contiene el proyecto a la definición de centro de trabajo del art.1.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores es, a nuestro entender, indebida e innecesaria, teniendo en cuenta los términos taxativos en que se expresa la norma del art.7.a) de la Ley 28/2005, de prohibición total de fumar en centros de trabajo públicos y privados.

Sin embargo, de la anterior remisión a la definición de centro de trabajo del art.1.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, podemos advertir cómo la misma sirve en otros preceptos del proyecto para exonerar del ámbito de aplicación de la norma estatal a determinadas situaciones artificialmente creadas para tal finalidad.

b) Artículo 2.2 del proyecto

Tal precepto exonera de la prohibición total de fumar en centros de trabajo públicos y privados –salvo en los espacios al aire libre– del artículo 7.a) de la Ley, a determinados ámbitos físicos de los centros de trabajo, señalando:

Sunyer, Abogados

*Pere Sunyer Bellido
Sara Canales García
Vicenç Cantos Guerrero*

*Derecho de la Administración Pública – Derecho Administrativo
Sanidad Pública – Médicos de Seguridad Social*

"2. En aquellas dependencias y unidades no productivas ubicadas en inmuebles donde existan uno o más centros de trabajo, podrá permitirse con carácter excepcional el consumo de tabaco solo durante la celebración de actos conmemorativos, de representación, institucionales o análogos"

El precepto carece de toda justificación racional, pues al introducir elementos de una notable inseguridad interpretativa acerca del carácter no productivo de determinadas dependencias y unidades, no hace sino contradecir los términos en que taxativamente se pronuncia el art.7.a) de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre.

Entendemos que a partir del carácter básico de la norma estatal, no puede el reglamento autonómico introducir definiciones que, aún lo sean por remisión a otras normas estatales con rango de ley, suponen en definitiva una apertura injustificada del ámbito de aplicación restrictiva de la norma.

c) Artículo 2.3 del proyecto

El precepto en cuestión establece lo siguiente:

"3. En cualquier caso, cuando la superficie de la dependencia o unidad no productiva destinada ocasionalmente a esta finalidad tuviera una superficie superior a 100 metros se respetará lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre."

Sunyer, Abogados

*Pere Sunyer Bellido
Sara Canales García
Vicenç Cantos Guerrero*

*Derecho de la Administración Pública – Derecho Administrativo
Sanidad Pública – Médicos de Seguridad Social*

La que entendemos ilegalidad del artículo 2.2 conlleva necesariamente la ilegalidad del artículo 2.3 del proyecto, teniendo además en cuenta que en la relación de supuestos del artículo 8 de la Ley 28/2005 no se hace mención alguna a *centros de trabajo*, a excepción de aquellos espacios y lugares que por su objeto y características se encuentren abiertos al público, y para los cuales se permite la habilitación de zonas para fumar en los supuestos y condiciones que en los mismos se establecen.

Pero en cualquier caso, valga señalar que la ratio de la norma del art.7 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, al igual que no permite redefiniciones o subespecies interpretativas de lo que deba entenderse por centros de trabajo, tampoco en consecuencia la norma del art.2.3 del proyecto puede apoyarse en tal redefinición para abrir aún más el ámbito exonerativo pretendido.

d) Artículo 2.4 del proyecto

Dicha norma, señala:

"4. En los bares, cafeterías y establecimientos asimilados ubicados en el interior de centros de trabajo, públicos o privados, con una superficie útil destinada a clientes o visitantes igual o superior a cien metros cuadrados, podrán habilitarse zonas para fumar, en los términos previstos en la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, y en el presente decreto. En los de superficie inferior, no estará permitido el consumo de tabaco."

Sunyer, Abogados

*Pere Sunyer Bellido
Sara Canales García
Vicenç Cantos Guerrero*

*Derecho de la Administración Pública - Derecho Administrativo
Sanidad Pública - Médicos de Seguridad Social*

La Ley 28/2005, no excluye en modo alguno a los bares, cafeterías y establecimientos asimilados que se encuentren ubicados en el interior de centros de trabajo –públicos y privados- de la prohibición total de fumar contenida en su artículo 7.a), por lo que en consecuencia deviene estéril cualesquiera previsión acerca de su superficie y de la ulterior posibilidad de habilitación de zonas para fumadores en tal clase de locales, aún lo sean de superficie superior a cien metros cuadrados.

Es precisamente la excepción contenida en el propio artículo 7.a) – salvo en los espacios al aire libre- la que confiere el grado y medida de ilegalidad del artículo 2.4 del proyecto, al igual que la previsión del art.7.g) de la Ley relativo a bares, restaurantes y demás establecimientos de hostelería y restauración ubicados en el interior de centros comerciales. No hay pues más excepción que la contenida en la norma básica estatal, y sin que como tal excepción pueda servir para eximir la aplicabilidad de la regla general de prohibición total de fumar en centros de trabajo públicos y privados.

La Ley prohíbe taxativamente fumar en ningún espacio de un centro de trabajo que no se encuentre al aire libre, y ello incluye obviamente bares, cafeterías y establecimientos asimilados que, ubicados en aquél, no se encuentren al aire libre, con la excepción de los ubicados en el interior de centros comerciales y siempre que se encuentren separados del resto de dependencias del centro comercial.

Sunyer, Abogados

*Pere Sunyer Bellido
Sara Canales García
Vicenç Cantos Guerrero*

*Derecho de la Administración Pública – Derecho Administrativo
Sanidad Pública – Médicos de Seguridad Social*

e) Artículo 4 del proyecto

"En los establecimientos donde, de conformidad con la ley 28/2005, de 26 de diciembre, se habiliten zonas para fumar, se instalarán los mecanismos de extracción de humos adecuados para tal finalidad. La separación física del resto de las dependencias no requerirá compartimentos estancos, siempre y cuando se respeten y cumplan los requisitos exigidos por la citada norma en su artículo 8, garantizando en todo caso con los medios adecuados la no salida al exterior de dicha zona de humos ni olores que puedan afectar o contaminar las zonas del resto del establecimiento."

Los establecimientos en los que se permite habilitar zonas para fumar son aquellos descritos en el artículo 8.1 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, y es el siguiente apartado 2), letra b) del propio artículo 8 de la Ley, el que establece que las zonas habilitadas para fumar *"Deberán estar separadas físicamente del resto de las dependencias del centro o entidad y completamente compartimentadas,./.."*.

En consecuencia, la norma reglamentaria autonómica contradice el precepto del art.8.2.b) de la Ley en tanto que éste no únicamente exige que se de una separación física del resto del espacio, sino que además, y no de modo alternativo, exige que la zona habilitada para fumar se encuentre *"totalmente compartimentada"*.

El proyecto de decreto pretende sustituir la obligación legal de completa compartimentación de las zonas habilitadas para fumar por una

Sunyer, Abogados

*Pere Sunyer Bellido
Sara Canales García
Vicenç Cantos Guerrero*

*Derecho de la Administración Pública – Derecho Administrativo
Sanidad Pública – Médicos de Seguridad Social*

obligación distinta como es la que ya viene prevista por la letra c) del art.8.2 de la Ley, consistente en la instalación de mecanismos de extracción de humos, y llegando a señalar el proyecto de decreto que *la separación física del resto de las dependencias no requerirá compartimentos estancos.*

Ello es sin duda alguna frontalmente contrario a lo establecido por el art.8.2.b) de la Ley, y en consecuencia la norma autonómica, en su actual versión de proyecto, solo puede reputarse por tal motivo como nula de pleno derecho.

f) Artículo 5 del proyecto

"1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, en cualquier establecimiento de hostelería o asimilado, independientemente de cuál sea su superficie, podrán reservarse espacios en los que se permita el consumo de tabaco, siempre que se trate de zonas aisladas, reservadas a determinadas personas y de acceso restringido para las mismas, de manera que no puedan verse afectadas otras distintas de éstas, salvo los trabajadores o empleados destinados en dichos espacios.

2. A estos espacios reservados no les serán de aplicación los límites previstos en el artículo 8.2.d) de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, para las zonas habilitadas para fumar."

Ninguna objeción de principio cabría hacer al texto del art.5.1 del proyecto de decreto -salvo su confusa redacción-, sino fuere por lo que a

Sunyer, Abogados

*Pere Sunyer Bellido
Sara Canales García
Vicenç Cantos Guerrero*

*Derecho de la Administración Pública – Derecho Administrativo
Sanidad Pública – Médicos de Seguridad Social*

continuación establece el art.5.2, que seguidamente merece todo reproche de ilegalidad.

En efecto, el art.8.2.d) de la Ley, establece que en los supuestos de las letras b), c) y d) del art.8.1 –establecimientos con destino o actividad de hostelería y restauración- la zona habilitada para fumadores podrá ampliarse hasta alcanzar como máximo el 30 por ciento de la superficie de las zonas comunes, a diferencia del resto de establecimientos del art.8.1 en los que la superficie de la zona habilitada no puede superar el 10 por ciento de la superficie total del centro o establecimiento destinada a clientes o visitantes.

Frente a ello, el art.5.2 del proyecto introduce una exención que carece de la más absoluta lógica y razonabilidad, puesto que en cualquier caso jamás un reglamento autonómico de desarrollo y ejecución de una ley básica estatal puede rebasar los límites que esta última establece y predetermina.

g) Artículo 9 del proyecto

La norma reglamentaria en cuestión, establece:

"De acuerdo con lo establecido en el artículo 3.2, de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, la prohibición de venta o entrega de productos que imiten al tabaco e induzcan a fumar, tales como dulces, refrigerios y juguetes, se entenderá siempre referida a personas

Sunyer, Abogados

*Pere Sunyer Bellido
Sara Canales García
Vicenç Cantos Guerrero*

*Derecho de la Administración Pública – Derecho Administrativo
Sanidad Pública – Médicos de Seguridad Social*

menores de dieciocho años y en el marco o desarrollo de actividades comerciales, publicitarias, promocionales o de patrocinio.”

No se acierta a comprender el motivo por el que la norma reglamentaria, lejos de complementar la norma básica del art.3.2 de la Ley, restringe el ámbito de la prohibición mediante añadir que esta opera *“en el marco o desarrollo de actividades comerciales, publicitarias, promocionales o de patrocinio”*.

Cabe pensar pues, que en el ejercicio de la potestad reglamentaria se ha querido excluir expresamente a determinadas situaciones, lo que dista de la función de desarrollo y ejecución de la Ley, y aún más de las bases establecidas en la misma.

h) Artículo 18 del proyecto

“Cuando el ejercicio de la potestad sancionadora corresponda a los órganos competentes de la Comunidad de Madrid, las sanciones previstas en el Capítulo V de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, se impondrán en su grado mínimo, salvo que concurren las circunstancias recogidas en el artículo 20.2 de la citada norma.”

Para el análisis de la norma reglamentaria deviene imprescindible que nos remitamos a cuanto disponen los apartados 1) y 2) del art.20 de la Ley que recoge las sanciones aplicables mediante multas coercitivas en función de la gravedad de la infracción, y las reglas aplicables para su graduación.

Sunyer, Abogados

*Pere Sunyer Bellido
Sara Canales García
Vicenç Cantos Guerrero*

*Derecho de la Administración Pública – Derecho Administrativo
Sanidad Pública – Médicos de Seguridad Social*

El apartado 1) del art.20 de la Ley, establece:

"1. Las infracciones leves previstas en el art.19.2.a) serán sancionadas con multa de hasta 30 euros si la conducta infractora se realiza de forma aislada, y con multa de 30 hasta 600 euros en los demás casos; las graves, con multa desde 601 euros hasta 10.000 euros, y las muy graves, desde 10.001 euros hasta 600.000 euros.

A partir de lo anterior, es el siguiente apartado 2) del art.20 el que establece los criterios de graduación de las sanciones a determinar en función de factores como los descritos:

"2. La cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta el riesgo generado para la salud, la capacidad económica del infractor, la repercusión social de la infracción, el beneficio que haya reportado al infractor la conducta sancionada y la previa comisión de una o más infracciones a esta Ley. Las sanciones se dividirán, dentro de cada categoría, en tres grados, mínimo, medio y máximo. Se impondrán en grado máximo las sanciones por hechos cuyo perjudicado o sujeto pasivo sea un menor de edad y las que se impongan en los casos en los que la conducta infractora se realice con habitualidad o de forma continuada, salvo que la habitualidad o continuidad formen parte del tipo de la infracción. Se impondrá en grado mínimo cuando se cometan por un menor de edad, sin perjuicio de lo dispuesto en el art.21.8."

La norma reglamentaria parte del postulado conforme al cual las sanciones que en la Comunidad de Madrid impongan las autoridades

Sunyer, Abogados

*Pere Sunyer Bellido
Sara Canales García
Vicenç Cantos Guerrero*

*Derecho de la Administración Pública – Derecho Administrativo
Sanidad Pública – Médicos de Seguridad Social*

autonómicas lo serán siempre en su grado mínimo, y añade que ello será así *"salvo que concurran las circunstancias recogidas en el artículo 20.2 de la citada norma"*

Sin embargo, aquello que la norma califica de circunstancias del art.20.2 no son en realidad más que criterios de graduación de las sanciones, de tal modo que el legislador no ha querido sino ofrecer elementos que en orden a su eventual desarrollo reglamentario, sirvan para determinar el importe de la multa en función de circunstancias tales como:

- a) El riesgo generado para la salud.
- b) La capacidad económica del infractor
- c) La repercusión social de la infracción.
- d) El beneficio que al infractor reportare la conducta sancionada.
- e) La previa comisión de una o más de las infracciones previstas en la misma Ley.

Y a continuación, la misma norma legal señala que las sanciones se dividirán, dentro de cada categoría, en tres grados: mínimo, medio y máximo, para lo cual, establece que las sanciones se impondrán en su grado máximo cuando el sujeto pasivo o perjudicado de los hechos constitutivos de infracción lo fuere un menor de edad y cuando la conducta infractora se realice con habitualidad o de forma continuada, salvo que la habitualidad o continuidad formen parte del tipo de la infracción. Añade además que las sanciones se impondrán en su grado mínimo cuando las infracciones se cometan por un menor de edad, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho.

Sunyer, Abogados

*Pere Sunyer Bellido
Sara Canales García
Vicenç Cantos Guerrero*

*Derecho de la Administración Pública – Derecho Administrativo
Sanidad Pública – Médicos de Seguridad Social*

No se alcanza pues a comprender el sentido y finalidad de la norma reglamentaria puesto que parece absurdo señalar que las sanciones se impondrán –siempre- en su grado mínimo, y a su vez excepcionar esa pretendida norma general mediante la remisión en bloque a las circunstancias del art.20.2 de la citada norma, cuando estas son precisamente las que sirven y operan como criterios de graduación de las sanciones.

VI.- Por último, merece una especial mención lo dispuesto en el art.23.1 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, en cuanto a que: *“1. El titular de un derecho o interés legítimo afectado podrá exigir ante los órganos administrativos y jurisdiccionales de cualquier orden la observancia y cumplimiento de lo dispuesto en esta Ley.”*

Lo anterior cabe que lo situemos en conexión con el art.25.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al establecer que: *“2. También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración..”*

Si bien no puede afirmarse un genérico derecho al procedimiento en relación con la potestad sancionadora de la administración autonómica cuyo ejercicio se pretende, sí cabe reconocer un derecho al trámite como garantía del administrado frente a la eventual inactividad de la Administración. Dicho trámite tendría por objeto obtener una resolución motivada acerca de la incoación o no del procedimiento principal sancionador, la cual resulta indispensable para poder fiscalizar, en vía de

Sunyer, Abogados

*Pere Sunyer Bellido
Sara Canales García
Vicenç Cantos Guerrero*

*Derecho de la Administración Pública – Derecho Administrativo
Sanidad Pública – Médicos de Seguridad Social*

recurso administrativo o en la posterior vía judicial contencioso-administrativa, la legalidad de la conducta a seguir por la administración y, eventualmente, su decisión en orden al no ejercicio de la potestad sancionadora.

Si bien la denuncia no confiere necesariamente un derecho a la incoación del expediente sancionador, sí que en todo caso otorga el derecho a obtener una resolución administrativa que motive una eventual negativa a la incoación del procedimiento.

Lo anterior viene además reforzado por el precepto transcrito del art.23.1 de la Ley 28/2005, puesto que mas allá del derecho a la denuncia, el legislador ha querido expresamente que sean tanto los órganos administrativos como los jurisdiccionales –de cualquier orden- los que se pronuncien acerca de la observancia y cumplimiento de lo dispuesto en la Ley.

Entendemos así que la denuncia en materia de cumplimiento de las medidas sanitarias frente al tabaquismo, confiere al denunciante el carácter de interesado del art.31.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al establecer que se consideran interesados en el procedimiento administrativo: *“a) quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.”*

Por consiguiente, el denunciante de una conducta presuntamente constitutiva de una u otra de las infracciones reguladas en el Capítulo V de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, ostenta además el derecho a ser parte

Sunyer, Abogados

*Pere Sunyer Bellido
Sara Canales García
Vicenç Cantos Guerrero*

*Derecho de la Administración Pública – Derecho Administrativo
Sanidad Pública – Médicos de Seguridad Social*

en el procedimiento que eventualmente se incoare por razón de la denuncia efectuada, como también para obtener una resolución con una motivación mínima y suficiente para el supuesto en que la administración resolviera en el sentido de una no incoación del procedimiento sancionador, resolución frente a la cual deviene arbitrable el ejercicio de la acción prevista en el art.25.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en orden a exigir la actividad y ejercicio de la potestad sancionadora de la administración para la observancia y cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo.

Por último, cabe señalar que ello lo es con independencia del ejercicio en su caso de la acción impugnatoria directa contra aquellas disposiciones reglamentarias que, emanadas de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas puedan contravenir lo dispuesto por la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, en el marco de los principios de jerarquía normativa y de sujeción y desarrollo de las bases dictadas al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materias como son las relacionadas en los apartados 1º, 16º, 18º y 27º del artículo 149.1 de la Constitución, a los que expresamente refiere la Disposición Final Primera, apartado 1) de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre.

Este es el dictamen que emito sin perjuicio de cualquier otro mejor fundado en Derecho.

En Barcelona, a 6 de julio de 2006.

