EDJ 2011/13690

Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, S 22-3-2011, rec. 704/2008. Pte: Díaz Fraile, Francisco

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo fue presentado el 307- 2008 contra la Orden PRE/1743/2008, de 18 junio, que establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción.

SEGUNDO.- Interpuesto el recurso contencioso administrativo ante esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda se dio traslado de la misma al Abogado del Estado y demás partes codemandadas para que la contestaran, solicitándose en los respectivos escritos de contestación la desestimación del recurso.

CUARTO.- El presente pleito no fue recibido a prueba, confiriéndose el trámite de conclusiones con el resultado que es de ver en autos.

QUINTO.- Por providencia de 29-10-2010 se otorgó a las partes un trámite de alegaciones por plazo común de diez días sobre la relevancia e incidencia que para la suerte del proceso pudiera tener la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de octubre de 2010, presentándose por las partes los correspondientes escritos de alegaciones.

SEXTO.- Por providencia de 8-2-2011 se confirió a las partes otro trámite de alegaciones para que las mismas pudieran alegar en torno al posible motivo -entre otros- susceptible de fundar el recurso consistente en la carencia en el expediente administrativo de los trámites relativos al dictamen del Consejo de Estado y a las memorias justifica y económica, presentándose por las partes los correspondientes escritos de alegaciones.

SÉPTIMO.- Finalmente se señaló para votación y fallo el día 15 de marzo de 2011, en el que efectivamente se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna la Orden PRE/1743/2008, de 18 junio 2008, que establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción, terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

SEGUNDO.- Prescindiendo de otros antecedentes históricos que no resultan necesarios para la resolución de la litis, es de notar que la Orden PRE/1743/2008 3 Recurso núm.: 003/0000704/2008 recurrida trae causa de la reforma realizada en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual -aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1/1996- por la Ley 23/2006, de 7-7, cuya reforma responde -como se dice en el preámbulo de esta última-a la necesidad de incorporar al derecho español una de las últimas directivas aprobadas en materia de propiedad intelectual, la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, con la que la Unión Europea, a su vez, ha querido cumplir los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de 1996 sobre Derecho de Autor y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, dedicándose la precitada Orden recurrida a regular la compensación equitativa correspondiente a la copia privada digital, cuya copia se contempla en la legislación vigente como un límite a los derechos de autor dentro de la temática relativa a la propiedad intelectual.

TERCERO.- La demanda rectora del proceso ataca -en síntesis- el sistema recaudatorio genérico que prevé la Orden recurrida, que prescinde del concepto legal de copia privada y grava de forma indiscriminada todo uso de la tecnología digital, sin contemplar excepción alguna, aludiendo expresamente el escrito de demanda a las empresas y Administraciones Públicas para aducir que no pueden hacer copias privadas, de forma que la meritada Orden llega a resultados arbitrarios. La demanda suscita la cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 25 y 31 del Real Decreto-Legislativo 1/1996 en la versión operada por la Ley 23/2006, e impetra que se declare la no conformidad a Derecho de la Orden PRE/1743/2008 y, en su caso, la anulación de la misma, declarando así mismo la nulidad con efectos retroactivos de toda recaudación realizada abusivamente y se ordene el cese del cobro indiscriminado de la compensación equitativa por copia privada, a cuyas pretensiones se han opuesto las partes codemandadas en los términos que son de ver en sus respectivos escritos de contestación a la demanda.

CUARTO.- Con carácter liminar se impone el estudio del posible motivo susceptible de fundar el recurso -que fue sometido por el Tribunal a las partes en el correspondiente trámite de audiencia-consistente en la carencia en el expediente administrativo de los trámites relativos al dictamen del Consejo de Estado y a las memorias justificativa y económica, cuyo motivo recursivo ha de ser objeto de tratamiento prioritario por razones metodológicas.

Este posible motivo del recurso presupone el carácter normativo de la Orden PRE/1743/2008 recurrida, cuyo presupuesto es negado por las partes codemandadas, que mantienen que la meritada Orden es un acto administrativo no sujeto al procedimiento de elaboración de las disposiciones generales. Dicho lo anterior, es llano que el primer paso en nuestro análisis ha de ser la elucidación de si la Orden PRE/1743/2008 de referencia es una norma reglamentaria o un acto administrativo. La sentencia -por todas- del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 4), de 15 septiembre 1995 explica bien las diferencias entre el reglamento y el acto administrativo, y lo hace de la siguiente manera: “El acto administrativo se diferencia del Reglamento en que éste es norma jurídica, y por ello susceptible de aplicación reiterada, mientras que aquél no lo es y sus efectos se producen sólo una vez, agotándose al ser aplicado. Los Reglamentos innovan el ordenamiento, mientras que los actos administrativos aplican el existente. Los reglamentos responden a las nociones de “generalidad” y “carácter abstracto” que señalan, al menos por regla general, a toda norma jurídica mientras que los actos administrativos responden, también por regla general, a lo concreto y singular. El Reglamento es revocable, mediante su derogación, modificación o sustitución, mientras que al acto administrativo le afectan los límites de revocación que impone la Ley como garantía de los derechos subjetivos a que, en su caso, haya podido dar lugar. La ilegalidad de un Reglamento implica su nulidad de pleno derecho, en tanto que la ilegalidad de un acto sólo implica, como regla general, su anulabilidad. Es, por último, principio esencial del Estado de Derecho que las autoridades respeten en su conducta concreta las normas generales que han establecido ellas mismas en forma general (“Tu, legem patere quem ipse fecisti”), como reconoce el artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 julio 1957 (LRJAE), a cuyo tenor, “las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a éstas”“. Tomaremos como referencia de estudio la antedatada sentencia del alto Tribunal, que resume las notas diferenciales que ya había apuntado la doctrina científica.

Así, en primer lugar, la Orden recurrida tiene vocación de ser aplicada reiteradamente, de tal forma que su repetida aplicación no solo no agota sus efectos, sino que refuerza su vigencia, sin que el carácter temporal de esta última desvirtúe la índole normativa de dicha Orden. En segundo lugar, es claro el carácter general y abstracto de la referida Orden, dirigida a una pluralidad de destinatarios definidos en principio de forma anónima. En tercer lugar, y esta es la característica más relevante, se dice que el reglamento se inserta en el ordenamiento jurídico, innovándolo y pasando a formar parte del mismo, mientras que el acto se limita a aplicarlo, siendo el ordenamiento jurídico el mismo antes y después de producido el acto administrativo, que ha de actuar con sumisión al mismo, y esto es lo que ocurre con la Orden PRE/1743/2008. En efecto, esta última sustituye a la compensación equitativa por copia privada regulada en la disposición transitoria única de la Ley 23/2006, de 7-7, que modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12-4-1996, cuya sustitución se produce además incorporando determinadas novedades (verbi gratia, introduciendo en la relación de productos sujetos a la compensación equitativa el teléfono móvil con MP3, reproductor portátil MP3-MP4, disco duro no exento y tarjeta de memoria USB, definiendo además los discos duros de ordenador en virtud de la remisión que efectúa el artículo 25.7.b) del Real Decreto-Legislativo 1/1996 tras la modificación operada por la Ley 23/2006, y ello amén de cierta modificación en las correspondientes cuantías del llamado canon por copia privada). Por otra parte, la Orden PRE en cuestión nace en virtud de la habilitación que se contiene en el artículo 25.6 del Real Decreto-Legislativo 1/1996 (en la versión operada por la Ley 23/2006), y con el designio de desarrollar los principios y parámetros que se contienen en las reglas de este último precepto, que regula el conocido como canon digital por copia privada, cuya regulación legal estaba desde su nacimiento necesitada de un desarrollo normativo, que es precisamente la labor que acomete la Orden impugnada en virtud de la remisión normativa que hace el propio texto legal, de tal forma que la referida Orden viene a ser el último escalón normativo imprescindible para implantar el nuevo sistema, actuando de complemento necesario del texto legal, de donde naturalmente fluye el carácter normativo de la meritada Orden, que se inserta en el grupo normativo regulador de la compensación equitativa por copia privada como la última pieza indispensable para su puesta en funcionamiento al fijar los parámetros esenciales de su liquidación. En definitiva, y por lo que hace a la nota distintiva que comentamos, es evidente que la Orden PRE recurrida forma parte del ordenamiento regulador de la compensación equitativa de referencia, sin que en modo alguno sea un mero acto aplicativo de la misma.

En cuarto lugar, la Orden puesta en tela de juicio es revocable ad nútum, conteniéndose incluso en la normativa una previsión temporal de revisión de la misma, que de ningún modo se ve afectada por las limitaciones de revocación que afectan a los actos administrativos. En quinto lugar, es de ver que la propia Orden recurrida fija la fecha de su entrada en vigor, que es un concepto propio de las normas jurídicas, a lo que se añade que la misma fue publicada en la sección de “disposiciones generales” del BOE, cuya circunstancia no imprime naturaleza pero es un indicio más de su carácter normativo. En sexto lugar, la fase inicial del procedimiento de elaboración de la Orden PRE 1743/2008 -regulado en el artículo 25.6 del Real Decreto-Legislativo 1/1996 (versión ex Ley 23/2006)-consistente en negociaciones entre las partes interesadas con el fin de llegar a un acuerdo en nada desvirtúa el carácter normativo de la mentada Orden por la sencilla razón de que la competencia para su aprobación corresponde en definitiva a la Administración General del Estado, que puede incluso apartarse del acuerdo a que han llegado aquellas partes en la fase previa de negociación, en cuyo supuesto de diferendo se exige legalmente que la Orden sea motivada. En séptimo lugar, el dictamen del Consejo de Estado evacuado en

 © El Derecho Editores, S.A.

el expediente del anteproyecto de la Ley 23/2006 presupone la sustancia normativa del contenido que incorpora la Orden PRE recurrida al advertir de forma negativa la parquedad de la regulación que se contiene en dicho anteproyecto en relación precisamente con el tipo de equipos y soportes digitales que deben pagar el canon y la cuantía del mismo, proponiendo el sobredicho dictamen diferentes fórmulas para remediar dicha deficiencia de técnica legislativa observada. En octavo y último lugar, carecería de cualquier sentido que la fijación de las cuantías del canon analógico se hiciera por una norma (artículo 25.5 del Real Decreto-Legislativo), mientras que las del canon digital se realizara por un simple acto administrativo, sin que, en fin, guarden analogía con el supuesto que nos ocupa los casos de otras órdenes ministeriales que traen a colación las partes codemandadas como ejemplos de actos administrativos. En resumen, la Orden PRE recurrida reúne todas las notas definitorias de las normas reglamentarias, tratándose además -según hemos visto-de un reglamento dictado en ejecución del Real Decreto-Legislativo 1/1996 -tras su reforma por la Ley 23/2006-por mor de la habilitación contenida en el artículo 25.6 de dicho cuerpo normativo y con la finalidad de desarrollar en la medida necesaria las reglas contenidas en este último precepto.

QUINTO.- Sentado que la Orden PRE recurrida es una disposición general y más concretamente un reglamento dictado en ejecución de una norma con rango legal, y dado que el primer motivo recursivo que nos ocupa denuncia una infracción del procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias, procede hic et nunc el estudio de los límites de la potestad reglamentaria y las posibilidades de control judicial de los reglamentos. La sentencia del Tribunal Supremo de 15-6-2010 recoge un acervo jurisprudencial anterior en los siguientes términos (en lo que ahora interesa): “El reglamento, en cuanto norma jurídica de carácter general emanada de la Administración, tiene un valor subordinado a la Ley a la que complementa. Por ser el reglamento norma jurídica de colaboración, debe distinguirse entre la normación básica de las cuestiones fundamentales que siempre corresponde a la Ley, y aquellas otras normas secundarias pero necesarias para la puesta en práctica de la ley: los reglamentos. Por medio de la potestad reglamentaria, la Administración participa en la elaboración del ordenamiento jurídico, de suerte que la norma emanada de la Administración (el reglamento) queda integrada en aquél. Pero la potestad reglamentaria no es incondicionada, sino que está sometida a la Constitución y a las leyes (art. 97 de la CE). Por el sometimiento del reglamento al bloque de la legalidad, es controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 106.1 CE y art. 1 de la LJCA), a la que corresponde -cuando el reglamento es objeto de impugnación-determinar su validez o su ilegalidad. Teniendo en cuenta que nuestro derecho positivo sanciona con la nulidad de pleno derecho a los reglamentos ilegales (art. 28 de la LRJAE y art. 62.2 de la LRJAPC, y antes art. 47.2 de la LPA), y que la sentencia que declare ilegal un reglamento tiene eficacia erga omnes (art. 86.2 de la LJCA), adquiere relevancia máxima la labor de los Tribunales cuando conocen de los recursos directos contra los reglamentos. El recurso directo contra disposiciones reglamentarias es un medio enérgico de control jurisdiccional que mira, fundamentalmente, al interés de la Ley. La relevancia de la labor de los Tribunales, obliga a éstos a tener que poner el reglamento cuya validez se cuestione en relación con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico positivo (y tratándose de reglamentos ejecutivos particularmente con la Ley que desarrollen), con los principios generales del Derecho y con la doctrina jurisprudencial en la medida en que ésta complementa el ordenamiento jurídico (art. 1.6 del Cc), en aras del principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución.

Ello es así porque el reglamento ejecutivo, como complemento indispensable de la Ley, puede explicitar reglas que en la Ley estén simplemente enunciadas y puede aclarar preceptos de la Ley que sean imprecisos. Así, pues, el reglamento puede ir más allá de ser puro ejecutor de la Ley, a condición de que el comportamiento de la Administración sea acorde con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico en los términos dichos”, (STS de 5 de diciembre de 1996, recurso 6600/1992, FD 1º). De otro lado, en la Sentencia de 29 de abril de 2009, (recurso ordinario 132/2007), hemos dicho que: FD 2º: “La actividad reglamentaria está subordinada a la ley en sentido material (artículos 97 de la Constitución, 51 de la Ley 30/1992 y 23 de la Ley 50/1997), en la medida en la que no puede abordar materias que le están reservadas, sin perjuicio de colaborar con ella o de desarrollar sus determinaciones ... Desde el punto de vista formal, el ejercicio de la potestad reglamentaria ha de sujetarse al procedimiento de elaboración legalmente establecido (artículos 24 y 25 Ley 50/1997), respetando el principio de jerarquía normativa y el de inderogabilidad singular de los reglamentos, así como a la publicidad necesaria para su efectividad (artículo 9, apartado 3, de la Constitución), según establece el artículo 52 de la Ley 30/1992. Los límites sustantivos y formales de la potestad reglamentaria determinan el ámbito del control judicial de su ejercicio, atribuido por el artículo 106 de la Constitución, en relación con el 26 de la Ley 50/1997 y el 1º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta jurisdicción (BOE de 14 de julio), que se plasma en el juicio de legalidad de la disposición general en atención a las referidas previsiones de la Constitución y del resto del ordenamiento, donde se incluyen los principios generales del derecho (interdicción de la arbitrariedad y proporcionalidad, entre otros).

Acatados aquellos límites, queda a salvo y ha de respetarse el contenido del ejercicio de la potestad reglamentaria, que no puede sustituirse por las valoraciones subjetivas de la parte o del Tribunal que la controla, como resulta expresamente del artículo 71, apartado 2, de la Ley 29/1998, que, aun en el supuesto de anulación de una disposición general, nos impide determinar la forma en que ha de quedar redactada la misma”“. Las sentencias del Tribunal Supremo de 14-10-2008 y de 11-11-2008 se pronuncian en términos parecidos a los que acabamos de transcribir.

SEXTO.-Vistos los límites de la potestad reglamentaria y el alcance del control judicial de los reglamentos, podemos abordar ya el estudio de los vicios de tramitación -que se denuncian en este primer motivo recursivo que nos está ocupando-sufridos por la Orden PRE impugnada en el procedimiento sustanciado para su elaboración, cuales son la omisión del dictamen del Consejo de Estado y las memorias justificativa y económica. El procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias tiene un carácter formal ad solemnitatem, si bien, y dado que no todas las formalidades

tienen la misma relevancia, conviene traer a colación la jurisprudencia producida en derredor de los trámites de cuya omisión ahora tratamos. En relación con el dictamen del Consejo de Estado, la sentencia del Tribunal Supremo de 17-1-2000 dijo lo siguiente:

"Cuarto.- El Consejo de Estado es, como señala el artículo 107 CE, el supremo órgano consultivo del Gobierno que actúa con autonomía orgánica y funcional en garantía de su objetividad e independencia no formando parte de la Administración activa y configurándose más bien, como un órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece (STC 56/1990, de 29 de marzo). Por imperativo de su propia Ley Orgánica (LOCE, en adelante), en el ejercicio de su función consultiva, el Consejo de Estado ha de velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, valorando los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exijan la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines; y de esta función genérica se derivan, como señala una STS de 16 de julio de 1996, tres importantes aspectos: auxiliar a la autoridad consultante a los efectos del ejercicio de su competencia; ser garante de que la autoridad consultante va a actuar en los términos del mandato contenido en el artículo 103 CE (servir con objetividad los intereses generales) y constituir, en cierto modo, un control que tiene su expresión en un dictamen que debe revestir las características de objetividad para procurar el correcto hacer del Gobierno y de la Administración. En el ámbito de que se trata, la elaboración de disposiciones reglamentarias, sin desconocer la importancia de la función de valoración de la oportunidad y conveniencia, resulta de la mayor trascendencia la relativa a la garantía de legalidad de la norma que se está elaborando (el control jurídico "ex ante" de la legalidad de la norma reglamentaria, en términos de STS de 14 de octubre de 1996, y sin perjuicio, claro está, del control de esta Jurisdicción).

Es por ello por lo que la más reciente jurisprudencia de esta Sala resalta el carácter esencial que institucionalmente tiene el dictamen del Consejo de Estado en la elaboración de las normas reglamentarias en que resulta preceptivo, resaltando, además, el carácter final que le atribuye el artículo 2.4 Ley Orgánica del Consejo del Estado. La Jurisprudencia, tomando en cuenta esta importancia o trascendencia, exigió, desde antiguo, con especial rigor el cumplimiento del trámite y apreció la nulidad de las normas reglamentarias dictadas sin cumplirlo (SSTS de 6 y 12 de noviembre de 1962, 22 de octubre de 1981, 15 de enero, 12 de julio y 10 y 29 de diciembre de 1982, 15 y 16 de junio de 1983 y 31 de mayo de 1986, entre otras). Es cierto que a partir de 1987 se inicia una línea jurisprudencial que, en atención al principio de economía procesal, relativiza la trascendencia invalidante de la omisión del informe del Consejo de Estado, afirmando que la misma no impedía a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa entrar a conocer del fondo del asunto -la conformidad o no a derecho de la disposición reglamentaria-y que, si efectuado el control se acreditaba dicha conformidad, carecía de sentido declarar una nulidad en sede jurisdiccional para que el Consejo de Estado viniera después a decir lo que ya se había constatado (SSTS 7 de mayo y 2 de junio y 29 de octubre de 1987, 12 y 17 de febrero, 5 de marzo, 26 de abril y 20 de octubre de 1988, entre otras), pero también lo es que tal línea Jurisprudencial ha coexistido con la que reproduciendo los viejos criterios, seguía afirmando y declarando la nulidad de pleno derecho de la norma reglamentaria cuando se había omitido, indebidamente, el dictamen el Alto Órgano consultivo (SSTS 1 de marzo, 5 de abril, 14 de mayo y 30 de diciembre de 1988, entre otras). Esta divergencia jurisprudencial requería una clarificación que satisfaciera las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica y de la propia función del Tribunal Supremo en el otorgamiento de certeza en el derecho, que ha sido resaltada por la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 71/1982), en orden al grado de exigibilidad de la intervención del Consejo de Estado. Así en SSTS de la Sala Especial de Revisión de 10 de mayo y 16 de junio de 1989, se pone de manifiesto que dicho Órgano Consultivo cumple un control preventivo de la potestad reglamentaria para conseguir que se ejerza con ajuste a la ley y al derecho. No es correcto pues volatilizar esta cautela previa que consiste en el análisis conjunto de cada disposición general mediante su confusión con el control judicial posterior, configurado en el artículo 106 CE, casi siempre casuística o fragmentario y siempre eventual. La intervención del Consejo de Estado no se queda, por tanto, en un mero formalismo sino que actúa como una garantía preventiva para asegurar en lo posible la adecuación a derecho del ejercicio de la potestad reglamentaria.

Esta doctrina tiene continuidad en sentencias posteriores (SSTS 23 de junio de 1991, 20 de enero de 1992, 8 de julio de 1994 y 3 de junio de 1996, entre otras), aunque no deja de hacerse alguna referencia al principio de economía procesal (STS 25 de febrero de 1994), que tiene, sin duda trascendencia en este ámbito, pero no para subsanar la omisión de trámites que no han tenido lugar en la vía administrativa, sino para evitar la innecesaria retroacción de los mismos cuando aparece evidente su inutilidad.

QUINTO.- Por consiguiente, debe partirse de la afirmación de la necesidad de efectuar la consulta preceptiva al Consejo de Estado, so pena de incurrir en nulidad de pleno derecho de la disposición reglamentaria, sin perjuicio de que la aplicación del principio de economía procesal en el sentido expuesto determine la existencia de ciertas excepciones singulares a la regla general formulada. Entre ellas, en el presente caso, se trata de precisar la exigibilidad del trámite, en el supuesto de que informado un proyecto de norma reglamentaria por el Consejo de Estado, tras su recepción, se introduzcan nuevas modificaciones o adiciones al mismo. Y, a este respecto ha de tenerse en cuenta que, conforme reiterada doctrina de esta Sala (SSTS 22 de febrero de 1988, 27 de noviembre de 1995, 14 de octubre de 1996 y 28 de enero de 1997, entre otras), sólo cuando las modificaciones introducidas en el texto definitivo no son sustanciales resulta innecesaria una nueva audiencia y examen por el Consejo de Estado; de manera que es entonces cuando las discordancias entre el proyecto inicial, objeto de audiencia y dictamen, y el texto definitivo no son determinantes de la nulidad de la norma aprobada. Pues bien, en el presente caso, la cuestión decisiva que acaba de enunciarse ha de ser resuelta en el sentido de entender que el artículo 2 del Real Decreto, único precepto impugnado y que no fue objeto del dictamen del Consejo de Estado, supuso una alteración sustancial del proyecto inicial". Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 17-7-2009 se expresó así: "De ahí, podemos afirmar que la Disposición impugnada al no

 © El Derecho Editores, S.A.

someterse en su procedimiento de elaboración al preceptivo dictamen del Consejo Consultivo, devino, según el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, nula de pleno derecho según correctamente apreció la Sala de instancia, ya que, si bien es cierto que la jurisprudencia de los años inmediatos a la promulgación y entrada en vigor de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, modificada por la Ley de 2 de diciembre de 1963, comenzó afirmando el carácter obligatorio de este trámite, tal sistema si bien se alteró a mediados de los años setenta, en la actualidad, es uniforme y constante la doctrina jurisprudencial que sustenta que la falta del dictamen del Consejo de Estado, acarrea la nulidad de los reglamentos ejecutivos, -sentencia de veintisiete (sic) de julio de dos mil cuatro, recaída en el recurso de casación 2715/1997-".

Interesa en particular traer a colación en relación con los reglamentos ejecutivos de las leyes la sentencia del Tribunal Supremo de 25-6-2009, que dijo esto: "Para determinar si es o no exigible el informe del Consejo de Estado o, en su caso, del correspondiente Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma, existe una copiosa jurisprudencia de esta Sala en la que se trazan las características definitorias de los llamados "reglamentos ejecutivos" frente a los "reglamentos organizativos", cuestión que afecta a los elementos ordenadores de la institución reglamentaria en el Derecho administrativo y se erige en el núcleo esencial del debate que aquí se plantea. Así, en lo que se refiere a la categoría de los denominados reglamentos ejecutivos, extraemos de la sentencia de la Sección 4ª de esta Sala de 13 de octubre de 2005 (recurso 68/2003) -y en el mismo sentido pueden verse, entre otras, las sentencias de la Sección 4ª de 11 de octubre de 2005 (recurso 63/2003) y 9 de noviembre de 2003 (recurso 61/2003)-las siguientes consideraciones: "En cuanto a los supuestos en que dicho dictamen resulta preceptivo, conviene precisar, como señala la sentencia de 15 de julio de 1996, que a tales efectos, "son reglamentos ejecutivos los que la doctrina tradicional denominaba "Reglamentos de ley". Se caracterizan, en primer lugar, por dictarse como ejecución o consecuencia de una norma de rango legal que, sin abandonar el terreno a una norma inferior, mediante la técnica deslegalizadora, lo acota al sentar los criterios, principios o elementos esenciales de la regulación pormenorizada que posteriormente ha de establecer el Reglamento en colaboración con la Ley. Es también necesario, en segundo lugar, que el Reglamento que se expida en ejecución de una norma legal innove, en su desarrollo, el ordenamiento jurídico sin que, en consecuencia, deban ser considerados ejecutivos, a efectos del referido artículo 22.3 LOCE, los Reglamentos "secundum legem" o meramente interpretativos, entendiendo por tales los que se limitan a aclarar la Ley según su tenor literal, sin innovar lo que la misma dice; los Reglamentos que se limitan a seguir o desarrollar en forma inmediata otros Reglamentos (sentencia de esta Sala y Sección de 25 de octubre de 1991) y los Reglamentos independientes que -"extra legem"-establecen normas organizativas en el ámbito interno o doméstico de la propia Administración".

En cuanto a los denominados reglamentos organizativos, la sentencia de 6 de abril de 2004 (casación 4004/01) declara que: "Esta Sala ha considerado exentos del dictamen del Consejo de Estado tales disposiciones cuando se limitan a extraer consecuencias organizativas, especialmente en el ámbito de la distribución de competencias y organización de los servicios, de las potestades expresamente reconocidas en la Ley.

La sentencia de 14 de octubre de 1997 resume la jurisprudencia en la materia declarando que se entiende por disposición organizativa aquélla que, entre otros requisitos, no tiene otro alcance que el meramente organizativo de alterar la competencia de los órganos de la Administración competente para prestar el servicio que pretende mejorarse. En el mismo sentido, la sentencia de 27 de mayo de 2002, recurso de casación número 666/1996, afirma que los reglamentos organizativos, como ha admitido el Tribunal Constitucional (v. gr., sentencia 18/1982, fundamento jurídico 4), pueden afectar a los derechos de los administrados en cuanto se integran de una u otra manera en la estructura administrativa, de tal suerte que el hecho de que un reglamento pueda ser considerado como un reglamento interno de organización administrativa no excluye el cumplimiento del requisito que estamos considerando si se produce la afectación de intereses en los términos indicados". Las anteriores referencias jurisprudenciales se reiteran en la sentencia de esta Sala y Sección de 19 de marzo de 2007, al resolver el recurso de casación 1738/2002-.

SÉPTIMO.- Los razonamientos expuestos conducen a reconocer que se trata de un reglamento ejecutivo que precisa del dictamen del órgano Consultivo autonómico, siendo la nulidad del Decreto la consecuencia obligada de la omisión del citado dictamen, tal y como razona la sentencia recurrida, cuyo criterio procede confirmar". Por último, citaremos la sentencia del Tribunal Supremo de 23-12-2008, que dijo así: "También es justificada la tesis de la actora sobre que la naturaleza del precepto controvertido es la de una norma reglamentaria, porque, aunque su vigencia fuera temporal (el ejercicio de 2006), se refiere a una generalidad indeterminada de destinatarios, como son todos los futuros aspirantes o participes en los procesos selectivos que se regulan, y va dirigida a regular una serie de supuestos de forma abstracta e indefinida, como son las múltiples convocatorias que se puedan realizar en el futuro. Y también debe compartirse su alegación de que se está ante un reglamento de ejecución o desarrollo de una Ley, la Ley 30/1984, que regula los procesos selectivos a que se refieren los "criterios generales de aplicación" regulados por el Real Decreto recurrido. Todo lo cual hace evidente que es de aplicar lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Ley 50/1997, del Gobierno, de 27 de noviembre, y en el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado, de 22 de abril, que imponen la consulta preceptiva de la Comisión Permanente del Consejo de Estado para los reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones.

Como también la doctrina de esta Sala -representada, entre otras, por las sentencias que cita la actora de 24 de febrero de 2000 y 12 de febrero de 2001 que ha declarado que la ausencia de dicho informe representa la omisión de un trámite esencial que debe determinar la nulidad de la correspondiente norma reglamentaria; y ha explicado su significación (así lo hace sobre todo la de 11 de febrero de 2001 SIC) diciendo que la preceptividad de dicho Dictamen encuentra su razón de ser en el principio de legalidad, por estar destinado a asegurar a priori el sometimiento pleno de las Administraciones Públicas a la Ley y al Derecho, y se inserta por ello en el procedimiento administrativo común como una garantía esencial". La aplicación al supuesto

enjuiciado de la doctrina legal que acabamos de transcribir conduce inexorablemente a la estimación de este primer motivo recursivo por la ausencia del dictamen del Consejo de Estado, y ello habida cuenta del carácter de reglamento ejecutivo de una norma con rango de ley que tiene la Orden PRE recurrida y de lo imperado en el artículo 24.2 de la Ley 50/1997 -de organización, competencia y funcionamiento del Gobierno-en relación con el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado, que impone con carácter preceptivo el dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado en los asuntos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones, cuya omisión determina como consecuencia la nulidad de pleno Derecho de la Orden PRE por mor de lo dispuesto en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26-11, sin que en el caso se aprecien razones singulares o excepcionales que permitan el juego del principio de economía procesal pues en función de todo lo expuesto precedentemente es claro el elemento cualitativo de innovación del ordenamiento jurídico que vino a entronizar la Orden PRE en cuestión, que hacía inexcusable la consulta del Consejo de Estado.

Por otra parte, es de entender que el artículo 25.6 del Real Decreto-Legislativo 1/1996 -al contemplar únicamente los trámites relativos a la previa consulta del Consejo de Consumidores y Usuarios y al previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda-regula tan solo las peculiaridades propias del procedimiento de elaboración de la Orden PRE, sin perjuicio –claro es-de las normas generales del procedimiento de elaboración de los reglamentos, y más en concreto de los reglamentos ejecutivos, que exigen como trámite esencial la consulta al Consejo de Estado, no estando facultada –en función de las mismas reglas de la dinámica de las fuentes del Derecho-la Ley 23/2006 (que modifica el Real Decreto-Legislativo para derogar en el concreto procedimiento de elaboración de la Orden conjunta de los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio que nos ocupa la exigencia del trámite de la consulta del Consejo de Estado que impone la Ley Orgánica 3/1980.

SÉPTIMO.- Lo anterior ya sería suficiente por sí mismo para fundar un pronunciamiento de nulidad de la Orden PRE en cuestión. Ocurre, empero, que a mayor abundamiento se ha producido otra infracción en el procedimiento de elaboración de la susodicha Orden, consistente en la omisión de las preceptivas memorias justificativa y económica, inherentes a todo reglamento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24.1.a) de la Ley 50/1997, cuyo precepto establece que “la iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar”. Procede en este punto traer a colación la jurisprudencia producida a propósito de la relevancia de las sobredichas memorias. Así, la sentencia del Tribunal Supremo (Pleno de la Sala Tercera) de 27-11-2006 dice lo siguiente (en lo que ahora interesa): “Tanto la memoria económica como la justificativa pueden ser sucintas, como dice el artículo 24.1.f) LGO pero deben cumplir la finalidad a que responden. La memoria económica, proporcionar al Gobierno una información sobre los costes que las medidas adoptadas puedan suponer a fin de que, contraponiendo estos con las ventajas que aquellas han de representar, evidenciadas en la memoria justificativa, la decisión se adopte con conocimiento de todos los aspectos, tanto negativos como positivos que la aprobación del reglamento ha de significar. La memoria justificativa, pone de relieve esos aspectos positivos de la decisión y los hace patentes frente a los administrados, ofreciendo así a estos las razones de la decisión, cumpliendo función análoga, en cuanto a sentido e importancia, a la motivación de los actos administrativos, plasmando, en relación a los reglamentos, el principio general de transparencia establecido en el artículo 3.5 de la Ley 30/1992-.

SEXTO.- En cuanto a la memoria económica, es cierto que no cabe exigir una ponderación detallada y exacta de todos los costes que pueda suponer el reglamento, pues se trata de datos cuya completa determinación puede resultar imposible en el momento de aprobarse aquél, pero al menos es preciso la elaboración de una estimación aproximada que tenga en cuenta las variables que puedan producirse. Esta Sala ha considerado aceptables memorias económicas en las que se afirma que el reglamento en cuestión no tendría incidencia en el gasto público (sentencias de 20 de abril y 22 de noviembre de 2006, 12 de noviembre y 7 de julio de 2004, entre otras) si la parte recurrente no ha acreditado que aquella apreciación era incorrecta (sentencia de 10 de marzo de 2003), de donde resultaría la nulidad de la disposición si habiendo afirmado la memoria que el proyecto no tiene incidencia sobre el gasto público el recurrente hubiera probado lo contrario o, como en el caso contemplado por la sentencia de esta Sala de 16 de abril de 2005, cuando no existe memoria económica. En el presente supuesto lo que se presenta como Memoria Económica no cumple con el contenido mínimo exigible a un documento de esa naturaleza. No contiene estimación alguna del coste a que dará lugar el reglamento, como impone el artículo 24.1.a) LGO, sino que se limita a afirmar que ese coste no se puede cuantificar en el momento en que se redacta. El Gobierno aprueba el reglamento despreciando uno de los datos que el precepto indicado le impone considerar, por lo que solo por esta razón procedería la estimación del recurso.

SÉPTIMO.- Tampoco la denominada Memoria Justificativa contiene elementos de los que pueda desprenderse, como lógica consecuencia, la necesidad del traslado de la sede de la ---a ---”. Por su parte, otra sentencia del Tribunal Supremo (Pleno de la Sala Tercera) igualmente datada en 27-11-2006 dijo esto: “En cambio deben acogerse las alegaciones de la entidad actora relativas a los demás aspectos de procedimiento. Se trata de las cuestiones reguladas en el apartado a) del artículo 24.1 de la Ley del Gobierno a tenor del cual el procedimiento se inicia mediante la elaboración del correspondiente proyecto al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquel, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar. Se incluyen en el expediente sin embargo una memoria justificativa, una memoria económica, y un informe sobre el impacto del proyecto por razón de género, a tenor de la modificación del artículo 24.1, b) de la Ley del Gobierno efectuada por la Ley 30/2003, de 13 de octubre. La tesis procesal de la Comunidad Autónoma de Madrid es que esos documentos últimamente mencionados son de una manifiesta

 © El Derecho Editores, S.A.

insuficiencia. Tras el necesario estudio hemos de convenir en que ello es cierto por lo que se refiere a la memoria justificativa, como viene llamándose de manera coloquial el informe sobre la necesidad y oportunidad del proyecto reglamentario según la terminología que emplea la Ley.

Entiende por tanto la Sala que asiste la razón a la Comunidad Autónoma de Madrid recurrente cuando mantiene la manifiesta insuficiencia de la memoria justificativa. En cuanto a la memoria económica, aunque se acompaña un documento que lleva este título, en realidad en dicho documento lo que se pretende es justificar que no se elabora ninguna memoria económica. Pues en el documento citado se afirma que respecto del traslado de la sede "en este momento no es posible cuantificar el incremento de gasto público que puede generar". Pero entiende la Sala que éstas no son razones suficientes, pues en cualquier caso podía haberse hecho una estimación, si no una determinación de los costes. Las consideraciones anteriores son decisivas para el pronunciamiento a realizar en cuanto suponen que asiste la razón al respecto a la Comunidad Autónoma recurrente. Pues desde luego no puede compartirse la alegación del Abogado del Estado, el cual insiste en que el expediente incorpora los documentos previstos en el apartado a) del artículo 24.1 de la Ley del Gobierno. Hemos de apreciar que el cumplimiento de ese precepto ha sido meramente formal, sin que se logre la finalidad querida por el legislador de que en efecto se patentice la necesidad y oportunidad del reglamento como garantía del acierto en la decisión, y se valoren los costes económicos que son consecuencia de la ejecución de la medida. A la vista de ello hemos de pronunciarnos estimando en parte las alegaciones de la Comunidad Autónoma de Madrid sobre el procedimiento, y acogiendo la pretensión principal del suplico de su demanda en el sentido de que se declare la nulidad de las disposiciones impugnadas. De ello se deduce que debemos estimar el presente recurso, aunque como se ha expresado exclusivamente por haberse incumplido la preceptiva del artículo 24.1 de la Ley del Gobierno que regula el procedimiento de elaboración de los reglamentos, sin que sea necesario que entremos a enjuiciar el fondo del asunto". Las sentencias del Tribunal Supremo de 9-2-2010 y de 7-5-2010 se remiten en cuanto a doctrina jurisprudencial a la segunda de las sentencias del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que acabamos de extractar. La aplicación al caso que nos ocupa de la doctrina legal que antecede implica un nuevo vicio de nulidad de la Orden PRE puesta en tela de juicio al haberse prescindido de las memorias justificativa y económica, cuyo trámite deviene esencial en el procedimiento de elaboración de las normas reglamentarias, lo que conlleva la calificación de nulidad de pleno Derecho conforme al artículo 62.2 de la Ley 30/1992.

Interesa en este punto subrayar que, cual dijimos ya más arriba, es de entender que el artículo 25.6 del Real Decreto-Legislativo 1/1996 -al contemplar únicamente los trámites relativos a la previa consulta del Consejo de Consumidores y Usuarios y al previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda-regula tan solo las peculiaridades propias del procedimiento de elaboración de la Orden PRE, sin perjuicio -claro es-de las normas generales del procedimiento de elaboración de los reglamentos, que exigen como trámite esencial las susodichas memorias justificativa y económica, que cumplen unas finalidades propias que exigen su cumplimiento efectivo, sin que resulte válido un cumplimiento meramente formal o vacío de contenido, debiendo interpretarse el precitado artículo 25.6 del Real Decreto-Legislativo 1/1996 en el contexto del procedimiento de elaboración de los reglamentos, sin que en el caso se aprecien razones para exceptuar el concreto procedimiento de elaboración de la Orden conjunta de los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio de que tratamos de los trámites exigidos con carácter general relativos a las memorias justifica y económica habida cuenta la naturaleza reglamentaria de la meritada Orden. Importa, de otro lado, dejar constancia de que es el propio informe del Ministerio de Economía y Hacienda -que se contempla como uno de los trámites peculiares del procedimiento de elaboración de la Orden conjunta en el artículo 25.6 del Real Decreto-Legislativo-el que denuncia la ausencia de las referidas memorias, y lo hace en estos términos:

"Memorias. Se observa que el proyecto de Orden no viene acompañado de las memorias justificativa y económica, ni del informe de impacto de género. Se considera que debería completarse el expediente con esta documentación para facilitar una adecuada comprensión y valoración del proyecto. Se considera conveniente reforzar, en la memoria justificativa, la explicación del cálculo del perjuicio anual estimado de -euros para libros u otras obras asimiladas, y de -euros en caso de fonogramas u otros soportes sonoros". En el caso que nos ocupa las repetidas memorias no existen, sin que la nota explicativa del borrador de orden que obra en el expediente administrativo pueda considerarse como un instrumento válido que supla a las mismas, y ello ni por su contenido (que no cumple efectivamente las finalidades de las memorias), ni por el tiempo en que se produce (una vez ultimada sin consenso la primera fase de negociación del procedimiento de elaboración de la Orden y antes de su remisión al Consejo de Consumidores y Usuarios).

Corolario de cuanto antecede es que la omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado y la ausencia de las preceptivas memorias constituyen un vicio a radice que afecta in totum a la Orden PRE/1743/2008, que sufre una dolencia de nulidad de pleno derecho ex artículo 62.2 de la Ley 30/1992, lo que en el caso que nos ocupa aconseja no entrar en el estudio de los motivos de fondo articulados en la demanda que ponían en entredicho la concreta normativa de la meritada Orden PRE, cuyo análisis, por otra parte, no resulta necesario para fundar el pronunciamiento de nulidad que ya hemos anticipado, de tal forma que la permanencia de la cuestión de fondo al margen de esta sentencia es razón suficiente por sí misma para entender que no resulta pertinente plantear la cuestión de inconstitucionalidad suscitada por la parte actora, que además en la demanda no justificó suficientemente su propuesta. En definitiva, procede la estimación del recurso, que, no obstante, habrá de ser solo parcial habida cuenta que no podemos acceder en esta sede a las pretensiones de la demandante relativas al alcance retroactivo de la nulidad de la Orden impugnada respecto de toda recaudación realizada abusivamente y al cese del cobro indiscriminado de la compensación equitativa por la sencilla razón de que la meritada compensación equitativa tiene una naturaleza jurídico-privada, de donde que carezcamos de jurisdicción respecto del susodicho petitum, por lo que nuestro fallo ha de constreñirse a la declaración de nulidad de la Orden recurrida.

OCTAVO.- No se aprecian méritos para una especial imposición de costas (artículo 139.1 de la LJ).

FALLO

1) Estimar en parte el recurso.

2) Declarar la nulidad de pleno Derecho de la Orden PRE/1743/2008, de 18 junio, que establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción, sin que haya lugar a las demás pretensiones de la parte actora.

3) No hacer pronunciamiento expreso en materia de costas. Contra esta sentencia puede interponerse recurso de casación, que –en su caso- habrá de prepararse ante este Tribunal en el plazo de diez días contados desde el siguiente al de su notificación.

Así por nuestra Sentencia, testimonio de la cual se remitirá, junto con el expediente administrativo, a su oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Félix Méndez Canseco.- Francisco Díaz Fraile.- Fernando De Mateo Menéndez.- Isabel García García-Blanco.- Jesús Cudero Blas.

Publicación.- Una vez firmada y publicada la anterior Sentencia es entregada en esta Secretaría para su notificación, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a los autos. Madrid a Doy fe.

 © El Derecho Editores, S.A.