

D. DERECHO ADMINISTRATIVO	REGLAMENTO EJECUTIVO DE UNA COMUNIDAD AUTÓNOMA Y LAS ACTUACIONES POSIBLES CONTRA EL MISMO	Núm. 74/2001
------------------------------	--	-----------------

Javier FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA

Letrado del Tribunal Supremo

• ENUNCIADO:

En la Comunidad de Madrid, el consejero competente por razón de la materia dicta la Orden 382/2001 por la que se regulan las condiciones técnicas que deben reunir las máquinas recreativas y de azar en el territorio de la comunidad, así como el régimen de autorizaciones y concesiones de las mismas; complementando dicha Orden, igualmente, mediante las precisiones y modulaciones necesarias, el régimen de infracciones y sanciones recogidas y tipificadas legalmente.

Esta Orden supuso una modificación respecto a la regulación anterior en lo que se refiere a las condiciones técnicas que debían reunir las referidas máquinas recreativas, lo que obligaba a los que ya las poseían a la realización de los correspondientes cambios técnicos oportunos.

En concreto, en su disp. trans. cuarta establecía que «las máquinas de los tipos B y C en explotación deberán de adaptarse en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Orden a lo dispuesto en ella sobre el precio de las jugadas, cuantía máxima de los premios y tiempos mínimos de jugada. La presentación de un certificado de que dicha adaptación se ha producido será necesaria para la obtención de los correspondientes boletines de situación y autorizaciones de explotación».

Por su parte, la disp. trans. quinta disponía que «los titulares de bar o cafetería que tuvieran en explotación, en la fecha de publicación de esta Orden -que fue el día 2 de febrero de 2001- máquinas recreativas, deberán solicitar la autorización para la instalación exigible con arreglo a lo dispuesto en la Orden, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de su entrada en vigor».

Posteriormente, se dicta por el mismo consejero otra Orden regulando el procedimiento de autorización de locales para la instalación de las citadas máquinas recreativas y de azar.

Frente a dichas órdenes se producen las siguientes reacciones legales:

1. La entidad mercantil LLL, mediante escrito dirigido al Gobierno de la Comunidad de Madrid, solicita una indemnización de daños y perjuicios por cuanto que la nueva orden le ha supuesto una inversión de 2.000.000 de ptas. para adecuar sus máquinas a las nuevas exigencias técnicas. Entiende que se trata de derechos adquiridos que, exclusivamente, mediante indemnización cabe modificar normativamente su contenido.

Al cabo de los seis meses desde la entrada de dicho escrito en el Registro del Gobierno de la Comunidad de Madrid, el órgano competente para resolver dicta resolución desestimando la pretensión de la solicitante. Ésta interpreta que dicha resolución no es ajustada a dere-

cho, pues entiende que había transcurrido el plazo para dictarla y, por tanto, no era posible sino una resolución tardía estimatoria de su pretensión.

2. El Delegado del Gobierno de la Comunidad de Madrid, impugna en vía contencioso-administrativa las dos órdenes dictadas por considerarlas nulas de pleno derecho, además señala que la primera de ellas invade competencias estatales.

3. La entidad mercantil SSS impugna las dos órdenes al haberse omitido en su elaboración el período de información pública ni haberse oído a los afectados por las mismas.

4. Otro empresario del sector recurre las mismas alegando la ausencia del informe del Consejo de Estado.

5. La entidad mercantil RRR, habiendo entrado ya en vigor las referidas órdenes, al cabo de los cuatro meses, es requerida, previa inspección del órgano competente, para que elimine de sus máquinas los sonidos de reclamo de la gente (prohibidos por la primera de las órdenes dictadas). Contra dicho acto recurre en la vía oportuna solicitando el día 4 de abril de 2001 la anulación de la primera Orden del consejero, alegando la omisión en el procedimiento de elaboración de la misma del informe del Consejo de Estado.

Anulada, finalmente, en vía judicial, la primera de las referidas órdenes, diversos empresarios que habían sido sancionados, económicamente, en aplicación de la misma, solicitan la devolución de las cantidades pagadas a la Comunidad Autónoma.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

Elaborar un informe en el que se dé razonada respuesta a los diversos recursos y pretensiones deducidas en relación con las órdenes dictadas por el consejero de la Comunidad Autónoma de Madrid.

• **SOLUCIÓN:**

1. Tres cuestiones son precisas comentar en relación con la solicitud de indemnización ejercitada por la entidad mercantil LLL por la inversión económica que le ha supuesto la nueva Orden dictada:

A. En primer lugar que se trata del ejercicio de acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración Autónoma que tiene su fundamento en el artículo 106 de la Constitución y su regulación en los artículos 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC).

Lo primero que hay que señalar al respecto es que el órgano competente para conocer de tal reclamación será normalmente, el consejero que dictó la Orden, al amparo de lo previsto en el artículo 53.2 de la Ley del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, Ley 1/1983, de 13 de diciembre, y no el Gobierno al que se ha dirigido la solicitante, pues para que éste sea el competente será preciso, a tenor del precepto citado, que una ley especial así lo señale. De cualquier manera, esta circunstancia no tiene ninguna trascendencia a la hora de poner en marcha el oportuno procedimiento donde se dirima la cuestión planteada. El artículo 3.º 4 de la LRJAP y PAC establece que «cada una de las Administraciones actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única». En este mismo sentido, el artículo 37.1 de la Ley 1/1983 ya citada dispone que «La

Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid, constituida por órganos jerárquicamente ordenados actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única». Por tanto, esta circunstancia de haberse dirigido dentro de la misma Administración a otro órgano no tiene ninguna trascendencia a los efectos antes indicados. El Gobierno, sin devolverlo a su autor, deberá remitir dicho escrito, al consejero competente a los efectos oportunos.

Por otra parte, el artículo 38.4 b) de la LRJAP y PAC permite la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones «en los registros de cualquier órgano administrativo que pertenezca... a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas».

El Tribunal Supremo (TS) en Sentencia de 28 de noviembre de 1998 afirmó respecto a la equivocación de órgano competente para resolver, que no era justificación para el silencio en virtud de la personalidad jurídica única del Estado.

B. Sin embargo, sí tiene importancia el hecho de haber dirigido el escrito al Gobierno, y no al consejero que era el competente, a efectos del inicio del cómputo máximo para resolver el procedimiento. En este sentido, el artículo 42.3 b) de la LRJAP y PAC indica que ese cómputo se iniciará desde que la solicitud tiene entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

Por su parte el artículo 13.6 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial señala que pasados seis meses desde que se inició el procedimiento podrá entenderse que la resolución es contraria a la indemnización pedida.

Luego el plazo para el transcurso de esos seis meses, en este caso, no se inició cuando el escrito tuvo su entrada en el Registro del Gobierno de la Comunidad, sino cuando tuvo su entrada en el Registro de la Consejería competente para tramitar el procedimiento. Por tanto, la entidad mercantil ha interpretado erróneamente el inicio del cómputo de esos seis meses y además, el sentido del silencio que, en este caso, era desestimatorio. Por ello, carece de razón cuando afirma que la resolución tardía de la Administración no tenía validez alguna porque debía haber sido estimatoria. En este sentido, el artículo 43.4 de la LRJAP y PAC establece que en los casos de desestimación por silencio administrativo la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación ninguna al sentido del silencio.

C. Respecto al fondo de la cuestión de que se tratan de derechos adquiridos cuya modificación normativa es sólo posible previa indemnización, carece de razón.

El TS analizó esta misma cuestión en su Sentencia de 29 de enero de 1998 señalando que las autorizaciones de explotación e instalación son verdaderos mecanismos concretos de intervención administrativa en el régimen de productividad de las máquinas recreativas y de azar. Esas autorizaciones están supeditadas a los condicionantes de cada momento, pueden alterarse en su contenido y requisitos por ulteriores modificaciones normativas. Ésta es una materia caracterizada por su dinamismo y naturaleza esencialmente cambiante. Las autorizaciones, en su origen, aparecen condicionadas a las modificaciones *ex lege* o *ex reglamento* que pueden serles impuestas. No existe un verdadero derecho a su estabilidad, ni, por tanto, un derecho subjetivo adquirido susceptible de generar indemnizaciones económicas, en cuanto que las modificaciones operadas se producen *in genere* y con eficacia general sobre un determinado sector de la actividad empresarial. Se trata, en suma, de cargas colectivas del sector fruto del intervencionismo administrativo.

En suma, no estamos en presencia de derechos adquiridos susceptibles de indemnización. Podemos señalar que en ocasiones esas modificaciones, fruto del intervencionismo administrativo, se producen en su beneficio, imaginemos por ejemplo una subida de ganancias por incremento de la partida, ¿hablaríamos, entonces, de los derechos adquiridos de los usuarios de las máquinas para que no se les modifique el precio de la partida?

2. Respecto a la impugnación de la primera de las órdenes por el delegado del Gobierno basado en dos razones es preciso diferenciar:

A. En relación con la incompetencia de la Comunidad Autónoma de Madrid en esta materia al ser competencia estatal, carece de fundamento. En primer lugar no es la vía contencioso-administrativa la adecuada para plantear este problema, para ello el Gobierno central es el legitimado para acudir al Tribunal Constitucional (TC), previo requerimiento facultativo a la Comunidad Autónoma, planteando un conflicto de competencia que se dirimirá por las reglas de los artículos 60 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC).

Además, carece de razón en cuanto a esa pretendida incompetencia. El artículo 26 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, en sus apartados números 1.29 le da competencia exclusiva en materia de casinos y juegos, y en el 3.1.3 en materia de industria, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado.

B. Respecto a la nulidad de la Orden sí parece que tiene razón respecto el fondo de la cuestión. Con independencia del problema de la legitimación a que se refiere el artículo 19 c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) donde se dice que la Administración del Estado tendrá legitimación para impugnar actos y resoluciones de las Comunidades Autónomas cuando ostente derecho o interés legítimo, que en este caso puede ser discutible, a primera vista no es apreciable ese interés o derecho que le conferiría legitimación, aunque en todo caso será una cuestión a analizar concretamente, habría que analizar qué título alega; es lo cierto que la citada Orden parece nula de pleno derecho por haber traspasado uno de los límites formales de la potestad reglamentaria cual es el de la competencia para dictar disposiciones generales o reglamentos.

Parece que se trata de un reglamento ejecutivo, dice el supuesto que la materia que regula es el régimen de autorizaciones y concesiones de máquinas recreativas y de azar y establece precisiones y modulaciones en el régimen de infracciones y sanciones tipificadas legalmente.

Parece, en suma, que se trata de un reglamento ejecutivo, ad extra, dictado en ejecución de una Ley previa de la Asamblea Legislativa de la Comunidad de Madrid, al menos en lo que se refiere a las infracciones y sanciones administrativas. Para dictar este tipo de reglamentos no tiene competencia un consejero, sino que es competencia del Gobierno de la Comunidad de Madrid. Así lo señala el artículo 21 g) de la Ley del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, Ley 1/1983, de 25 de febrero. Un consejero tiene potestad reglamentaria ad intra, esto es de organización, y sólo ad extra cuando exista una habilitación expresa de la Ley (el régimen es el mismo que el de la Administración General del Estado). Pero en el caso que analizamos, reiteramos que al tratarse de un reglamento dictado en ejecución previa de una ley, la competencia era del Gobierno autonómico y no del consejero.

C. Respecto a la legalidad de la segunda de las órdenes dictadas regulando el procedimiento de autorización de locales para la instalación de las máquinas recreativas y de azar, parece que es ajus-

tada a derecho. Para esto sí tenía competencia. En ella se desarrolla, simplemente, el procedimiento de autorización, por tanto, aparte de tener un aspecto organizativo indiscutible, resultaría habilitado por la ley que regula esta materia.

3. Con relación a la impugnación de la entidad mercantil SSS de las dos órdenes al haberse omitido en su elaboración el período de información pública ni haberse oído a los afectados por las mismas, hay que señalar que carece de razón.

En primer lugar, porque este trámite señalado en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, Ley del Gobierno, al referirse al procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, y aplicable, igualmente, a los reglamentos autonómicos, ha de entenderse aplicable en los llamados reglamentos independientes, pero no en los ejecutivos, como es el caso que nos ocupa, respecto a la primera de las órdenes.

En segundo lugar, y respecto a las dos órdenes es claro que no afecta a los intereses generales para justificar un trámite de información pública, sino que afecta a un ámbito sectorial concreto y determinado. Y respecto a la falta de audiencia de los afectados, el TS ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en muchas ocasiones, señalando en suma, en relación con asociaciones y similares organizaciones de intereses, que es obligatorio y preceptivo oírlos cuando aquéllas no sean de carácter voluntario. Valga como referencia la Sentencia del TS de 8 de mayo de 1992 a partir de la cual es reiterada esta doctrina en otras muchas posteriores, en la que con referencia a este trámite, que entonces contemplaba el artículo 130.4 de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo señaló que «la audiencia ciudadana es exigible so pena de nulidad cuando estemos ante asociaciones o colegios profesionales que no sean de carácter voluntario... también es reiterada la doctrina de esta Sala de que no se vulnera el art. 130.4 de la LPA cuando se trate de elaboración de reglamentos independientes dado al margen de la discrecionalidad que el citado art. 130.4 concede a la Administración que condiciona dicho trámite a la índole de la disposición, cuando así lo aconseje...».

4. En referencia al recurso de un empresario del sector que recurre las dos disposiciones alegando la falta de informe del Consejo de Estado es de indicar que tiene razón en la primera de las órdenes, aunque ya hemos señalado su ilegalidad por dictarla el consejero y no el Gobierno. Pero, partiendo de la base de que se trata de un reglamento ejecutivo, en el caso de las Comunidades Autónomas, es preceptivo este trámite en los mismos supuestos que para el Estado. La jurisprudencia, al principio mantuvo un criterio vacilante al respecto, distinguiendo según el Estado dictara la Ley y a la Comunidad Autónoma le correspondía dictar el reglamento o bien cuando la Comunidad Autónoma poseía la competencia legislativa y reglamentaria sobre la materia. La Sentencia del TS de 4 de mayo de 1999 ha recordado el criterio ya uniforme al respecto en el sentido de que ese informe se producirá en los mismos supuestos que se exige para los reglamentos estatales. Así el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, Ley 2/1980, de 22 de abril, señala que informará la comisión permanente del Consejo de Estado en los reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de leyes, así como sus modificaciones. La única especialidad al respecto consiste en que si la Comunidad Autónoma dispone de órgano consultivo supremo será el competente para dictaminar previamente un reglamento ejecutivo, en lugar del Consejo de Estado.

Respecto de la segunda de las órdenes no parece que fuera preciso nuevo informe del Consejo de Estado porque sería un desarrollo del primer reglamento ejecutivo que regula, exclusivamente, aspectos procedimentales.

5. Con relación a la entidad mercantil RRR que recurre contra un acto que le obliga a eliminar de sus máquinas los sonidos de reclamo de la gente prohibido por la primera Orden dictada, solicitando la anulación de ésta por la ausencia del informe del Consejo de Estado, es preciso señalar que se trata de un recurso indirecto contra el reglamento. Esta modalidad de impugnación se encuentra admitida en nuestro ordenamiento jurídico, tanto si se trata de recurso administrativo que permite que el recurso se presente ante quien dictó la disposición general (art. 107.3 LRJAP y PAC), como si se tratara de recurso contencioso-administrativo (art. 26 LJCA).

Sin embargo, el TS es claro al respecto, un recurso indirecto no puede fundarse en defectos formales, la impugnación indirecta tan sólo se admite en garantía de los principios de jerarquía normativa y reserva de ley.

En la Sentencia de 28 de abril de 1999 se dice literalmente analizando un recurso indirecto contra un reglamento fundado en la falta de informe del Consejo de Estado «...no podemos llegar a la pretendida conclusión de la nulidad o ilegalidad del cuestionado Real Decreto por la simple vía de un recurso indirecto, con fundamento, exclusivamente, en el defecto formal de la denunciada falta del citado dictamen del Consejo de Estado, porque la Jurisprudencia de esta Sala ha dejado establecido de un modo tan reiterado que se hace excusa de la especificación de las sentencias en que ha sido sentada, que, en el ámbito de los recursos indirectos, no cabe fundar la pretendida ilegalidad de las Disposiciones Generales en las meras y simples disconformidades, omisiones o defectos formales que las mismas puedan presentar...».

Motivos había, como hemos indicado, para, a través del recurso indirecto, impugnar esta disposición general que es ilegal, pero no en el que se ha fundamentado el recurso de esa entidad mercantil consistente en la omisión del informe del Consejo de Estado.

6. Finalmente y en relación a la solicitud de devolución de las cantidades pagadas por distintos empresarios en concepto de sanciones al amparo de la orden que, con posterioridad ha sido anulada en vía judicial, en principio, carecen de razón. Por razones de seguridad jurídica, subsisten los actos firmes dictados al amparo de una disposición general anulada, salvo que supusieran la exclusión o reducción de sanciones no ejecutadas completamente, que, evidentemente no es el caso que analizamos, porque aquí ya se ejecutaron las sanciones, y se llevaron a cabo los correspondientes desembolsos económicos por los sancionados. En este sentido se expresa el artículo 73 de la LJCA, aunque se refiera a la anulación de preceptos concretos no de toda la disposición general.

Por otro lado, parece que estos actos fueron consentidos en su momento por los sancionados, al menos nada dice el caso respecto a que aquéllos recurrieran las sanciones impuestas o incluso la orden que sirvió de fundamento para la imposición de la sanción.

Pero sí merece la pena hacer un breve comentario al respecto de estas cuestiones.

La propia LOTC en su artículo 40.1 impide la revisión de procesos fenecidos, aun cuando se aprecie la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, salvo supuestos excepcionales que no vienen al caso. Sin embargo, la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador no está cerrada al respecto, con fundamento en los artículos 106 de la Constitución Española y 139 y siguientes de la LRJAP y PAC.

Así por ejemplo, tenemos la Sentencia del TS de 27 de diciembre de 2000, dictada en el recurso número 537/1988, que, a similitud de otras anteriores y por idéntico motivo, estimó la reclamación de indemnización planteada por la declaración de nulidad e inconstitucionalidad de un artículo realizada por el TC en cuya virtud se abonaron a la Administración diversas cantidades de dinero. Como

la sentencia del TC nada dijo sobre la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad (si lo dice habrá que pasar por ello en el sentido que sea), corresponde a los Jueces y Tribunales ante los que se plantea la cuestión, decidir, definitivamente, sobre ello. Y así fue en este caso, se estimó la reclamación de indemnización basándose en que anulado el precepto que dio cobertura al acto dictado -presupuesto habilitante-, la Administración estaba obligada a revisar de oficio aquellos actos y obrar en consecuencia.

Cierto es que el caso que analizamos, por lo ya dicho, no es igual. Aquí fueron cantidades ingresadas en virtud de sanciones que, indudablemente, tenían que tener cobertura legal con independencia de lo que estableciera el reglamento. Ésta es una materia reservada al principio de reserva legal, por tanto, la ilegalidad reglamentaria consistente en incompetencia del que lo dictó, carece de virtualidad a este respecto, porque existiría cobertura legal para ello. Ahora bien, si la Orden no respetó la Ley, innovó al respecto, creó nuevas infracciones o sanciones que sirvieron de base a las resoluciones sancionadoras, éstas carecieron de la cobertura legal imprescindible, quizás entonces posibilitaría el éxito de una reclamación por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración. No olvidemos, en última instancia, que el ejercicio de potestad reglamentaria es potestad normativa de la Administración, creadora de normas que se ubican en el ordenamiento jurídico. Luego si, con posterioridad, se anulan y se retiran de ese ordenamiento jurídico por ilegales no cabe duda de que se ha producido un funcionamiento anormal de la Administración que si ha provocado perjuicio económico a alguien, no es descabellado pensar que aquél tenga derecho al restablecimiento de la situación anterior.

• SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 3/1983 (Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Madrid), arts. 26.1.29 y 3.1.3.
- Ley 13/1983 (Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid), arts. 21 g), 37.1 y 43.2.
- Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 3.º 4, 43.2 b) y 107.3.
- Ley Orgánica 2/1979 (LOTC), arts. 40.1 y 60 y ss.
- Ley 50/1997 (del Gobierno), art. 24.
- Ley Orgánica 3/1980 (Consejo del Estado), art. 22.3.
- Ley 20/1989 (LJCA), arts. 26 y 73.
- SSTS de 29 de enero 1998, 17 de marzo, 19 y 28 de abril y 4 de mayo de 1999.