

Sentencia de anulación de la Orden FOM 1100/2002, que, con 18 años de retraso, establecía el control metrológico del Estado sobre los contadores electromecánicos

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Octava

Núm. Recurso : 1137/2002
Núm. Registro General : 06432/2002
Demandante : UNESA
Procurador : D. TOMÁS ALONSO BALLESTEROS
Demandada : MINISTERIO DE FOMENTO

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ELISA VEIGA NICOLE

SENTENCIA N^o:

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. JOSÉ LUIS SÁNCHEZ DÍAZ

Magistrados:

D^a. ELISA VEIGA NICOLE
D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA
D. CARLOS LESMES BERRANO



Madrid, a cinco de octubre de dos mil cuatro.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo n^o en 1137/2002 que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador D. Tomás Alonso Ballesteros, en nombre y representación de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA), frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la Orden del Ministerio Fomento 1100/2002, de 8 de mayo, por la que se



regula el control metrológico del Estado sobre los contadores eléctricos de inducción, clase 2, en conexión directa, a tarifas simple o a tarifas múltiples, destinados a la medida de la energía eléctrica activa en intensidad de corriente eléctrica monofásica y polifásica de frecuencia 50 Hz, en sus fases de verificación después de reparación o modificación y de verificación periódica. Siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a ELISA VEIGA NICOLE.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución anteriormente citada, mediante escrito presentado el 17 de Julio de 2002. Por providencia de fecha 9 de septiembre del mismo año se tuvo por interpuesto el presente recurso con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- La parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 13 de diciembre de 2002, en el cual terminó suplicando que se dicte sentencia en la que <<1º. Declare nulo, anule o revoque y deje sin efecto la Orden impugnada, 2º. Subsidiariamente, y para el supuesto de que no estime la pretensión anterior, declare nulo, anule o revoque y deje sin efecto el Anexo IV de la Orden impugnada. 3º. Subsidiariamente, y para el supuesto de que no se estimen las pretensiones anteriores, declare nulos, anule o revoque y deje sin efecto los apartados siguientes del Anexo IV de la Orden impugnada:- El párrafo tercero del apartado 2.2. - El apartado 2.2.2. El apartado 2.4. >>

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó la demanda, mediante escrito presentado el 5 de marzo de 2003, en el que solicitó que se desestimase el recurso interpuesto.

CUARTO.- Por auto de fecha 9 de junio de 2003 se acordó el recibimiento del pleito prueba, habiéndose practicado la prueba propuesta y declarada pertinente por la Sala con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Las partes formularon sus conclusiones, señalándose para votación y fallo de este recurso el día 28 de septiembre de 2004, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.



II.- FUNDAMENTO DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto de este recurso contencioso administrativo la Orden del Ministerio de Fomento 1100/2002, de 8 de mayo, por la que se regula el control metrológico del Estado sobre los contadores eléctricos de inducción, clase 2, en conexión directa, a tarifa simple o a tarifas múltiples, destinados a la medida de la energía eléctrica activa en intensidad de corriente eléctrica monofásica y polifásica de frecuencia 50 Hz, en sus fases de verificación después de reparación y de modificación y de verificación periódica.

SEGUNDO.- En la demanda se invocan como motivos que fundamentan la pretensión actora : 1º) La Orden Ministerial recurrida es nula de pleno derecho por infracción del artículo 97 de la Constitución, relativo a la potestad reglamentaria y el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado. 2º) El Anexo IV de la Orden impugnada es nulo dado que su contenido es contrario al Real Decreto 876/1984, de 28 de marzo, a los principios de jerarquía normativa, interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica, consagrados en el artículo 9.3 de la Constitución y el artículo 3 de la Ley 30/92. 3º) El párrafo tercero del apartado 2.2, es nulo al contradecir el artículo 94 del Real Decreto 1955/2000 y el artículo 43 de la Ley del Sector Eléctrico, así como el artículo 9.3 de la Constitución, en tanto que vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad. 4º) Así mismo son nulos los apartados 2.2.2 y 2.4 del Anexo IV de la Orden impugnada, al vulnerar el principio de interdicción de la arbitrariedad consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución.

El Abogado del Estado aduce en la contestación a la demanda :1º) La Orden impugnada no infringe el artículo 97 de la Constitución ni el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.2º) No resultan vulnerados los principios de jerarquía normativa, interdicción de la arbitrariedad ni de la seguridad jurídica.3º) No se ha vulnerado el artículo 94 del Real Decreto 1955/2000 ni el artículo 43 de la Ley del Sector Eléctrico.4º) No existe nulidad de los apartados 2.2.2 y 2.4 del Anexo IV de la Orden impugnada porque no vulneran el principio de interdicción de la arbitrariedad.

TERCERO.- Para proceder al examen de la Orden Ministerial 1100/2002, de 8 de mayo de 2002, hay que partir de la Ley 3/1985 de metrología, de 18 de marzo, que viene a sustituir a la Ley 88/1987, de pesas y medidas, y a establecer el control metrológico por parte del Estado, con el fin de velar por la corrección y exactitud de las medidas, colaborar, a través del control de los instrumentos biomédicos, a la protección de la salud y seguridad ciudadana, y evitar los fraudes en perjuicio de los consumidores.

El artículo 7 de la citada Ley establece que los instrumentos, aparatos, medios y sistemas de medidas que sirvan para pesar, medir o contar, no podrán ser



MINISTERIO DE JUSTICIA

fabricados, importados, comercializados o empleados mientras no hayan superado el control metrológico establecido en la citada Ley, que puede comprender: a) la aprobación del modelo. b) la verificación primitiva. c) la verificación después de reparación o modificación. d) la verificación periódica, e) la vigilancia e inspección. Y la Disposición Final Primera autoriza al Gobierno para que, a propuesta del Ministerio de la Presidencia, dicte las disposiciones reglamentarias que se requieran para la aplicación de la presente Ley.

Por su parte, el Real Decreto 875/1984, 28 de marzo, aprueba el Reglamento para la aprobación de modelo y verificación primitiva de contadores de uso corriente (clase 2) en conexión directa, nuevos, a tarifa simple o a tarifas múltiples, destinados a la medida de la energía en corriente monofásica o polifásica de frecuencia 50 Hz.

El citado Real Decreto no regula, por tanto, el control en sus fases de verificación después de reparación o modificación y de verificación periódica.

Por último, el Real Decreto 1818/85 viene a desarrollar el control metrológico establecido en el artículo 7.2 apartados a) y b), relativos a la aprobación de modelo y verificación primitiva, respectivamente, conteniendo en su Disposición Final Primera una autorización al Ministerio de la Presidencia para dictar las disposiciones necesarias para la ejecución del Real Decreto.

La regulación, por tanto, del control metrológico de verificación después de reparación o modificación y de verificación periódica, que prevé el artículo 7.2. c) y d) de la Ley 3/85, no ha sido objeto de regulación en los Reales Decretos anteriormente indicados, siendo la Orden FOM 1100/2002, aquí impugnada, la que viene a desarrollar directamente la previsión legal de control de metrológico en las fases de verificación después de reparación o modificación y de verificación periódica, sobre los contadores eléctricos de inducción, a los que ya nos hemos referido.

CUARTO.- De los distintos motivos de impugnación recogidos en la demanda, procede examinar en primer lugar la alegada vulneración del artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, es decir la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado, pues de prosperar haría innecesario el examen del resto de los motivos impugnatorios esgrimidos por la parte actora.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de junio de 2000, recogiendo la doctrina sentada en la sentencia 27 de enero 2000, señala que « el Consejo de Estado es, <ex> artículo 107 CE el supremo órgano consultivo del Gobierno que actúa con autonomía orgánica y funcional en garantía de su objetividad e independencia, que no forma parte de la Administración activa y se configura, más bien, como un órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del estado que la propia Constitución diseña. Por imperativo de su propia Ley Orgánica, 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 exija 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 que se derivan, como señala una STS de 16 de julio de 1996, tres importantes aspectos de su función: auxiliar a la autoridad consultante a los efectos del ejercicio de su competencia; ser garante de que la autoridad consultante actuará en los términos del mandato contenido en el artículo 103 CE (servir con objetividad los intereses generales) y constituir, en claro 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, en el de la elaboración de disposiciones reglamentarias, sin desconocer la importancia de la función de valoración de la oportunidad y conveniencia, resulta de la mayor trascendencia el relativo 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 la STS 14 de octubre 1996, y sin perjuicio, claro está, del control de esta jurisdicción). Es por ello 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 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado >> Y, añade la sentencia, << Así, en SSTs de la Sala Especial de 10 de mayo y 26 de junio de 1999, 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 una garantía preventiva para asegurar, en lo posible, la adecuación a derecho del ejercicio de la potestad reglamentaria .>>

El artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado, establece que deberá ser consultada la Comisión Permanente del Consejo de Estado en " reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones".

La Orden Ministerial de 1100/2002, como ya ha dicho esta Sala y Sección en sentencia de fecha 18 de marzo de 2004, viene a completar y ejecutar el artículo 7.2. c) y d) de la Ley 3/85, sin que exista disposición reglamentaria anterior entre el citado precepto legal y la Orden Ministerial, que resulta ser el reglamento ejecutivo de tal precepto.

Siendo ello así, es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado. Es más, tratándose de una Orden Ministerial, la omisión del dictamen tiene mayor relevancia formal, si cupiese, dado que la competencia misma del Ministro para expedir el reglamento en forma de Orden Ministerial, depende del sentido del referido dictamen por cuanto si no es conforme al Ministro debe elevarse al Consejo de Ministros para resolver el asunto (artículo 2.5 de la Ley Orgánica 3/80).

pag. 7



QUINTO.- Consecuentemente con lo anteriormente razonado, y sin necesidad de entrar en el estudio de los otros motivos de impugnación, procede declarar la nulidad de la Orden Ministerial 1100/2002, del Ministerio de Fomento, por omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado.

SEXTO.- No se aprecia temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes a los efectos del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional.

Vistos los preceptos legales citados y demás normas de procedente aplicación.

FALLAMOS

PRIMERO.- ESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por el procurador D. Tomás Alonso Ballesteros, en nombre y representación de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) contra la Orden Ministerial 1100/2002, de 8 de mayo, Orden Ministerial que anulamos por no ser conforme a derecho.

SEGUNDO.- No ha lugar a hacer una expresa imposición de costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y firmamos.