

SENTENCIA Nº 2321

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN NOVENA**

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. Ramón Verón Olarte

Magistrados:

D^a. Ángeles Huet Sande

D. Juan Miguel Massigoge Benegiu

D. José Luis Quesada Varea

D^a. Berta Santillán Pedrosa

D^a. Margarita Pazos Pita

En la Villa de Madrid, a treinta de diciembre de dos mil ocho.

VISTO por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el recurso contencioso-administrativo núm. 679/2006, promovido por el Abogado del Estado en defensa del Ministerio de Sanidad y Consumo; por la entidad “Asociación NOFUMADORES Org.” representada por la Procuradora Doña Paloma Rabadán Chaves, y por la “Organización de Consumidores y Usuarios” (OCU) representada por el Procurador D. José Luís Ferrer Recuero, contra el Decreto 93/2006, de 2 de noviembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, de desarrollo y ejecución 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 en la Comunidad de Madrid. Ha sido parte en autos la Administración demandada la Comunidad de Madrid, y como entidades codemandadas la “Asociación Empresarial de Hoteles

de Madrid” representada por el Procurador D. Albitio Martínez Díez; la “Asociación Empresarial de Hostelería de la Comunidad de Madrid La Viña” representada por la Procuradora Doña Magdalena Ruiz de Luna González; la “Asociación Empresarial de Juegos Autorizados” (ASEJU) representada por el Procurador D. Luis José García Barrenechea; la “Federación de Empresarios de la Comunidad de Madrid” (F.E.D.E.C.A.M.) representada por el Procurador D. Antonio Piña Ramírez; la “Federación Empresarial de Ocio y Turismo de la Comunidad de Madrid” (F.O.T.U.C.A.M.) representada por el Procurador D. Antonio Piña Martínez; la “Asociación de Empresarios de Estaciones de Servicio de la Comunidad Autónoma de Madrid” representada por la Procuradora Doña Pilar Rodríguez Coronado y la “Asociación Madrileña de Empresas de Restauración” representada por la Procuradora Doña Mercedes Marín Iribarren.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó al Abogado del Estado y al resto de las partes personadas en autos como partes demandantes para que formalizasen la demanda, lo que verificaron mediante sus correspondientes escritos, en los que suplican se dicte sentencia por la que, estimando el recurso, se revoque el Decreto 93/2006, de 2 de noviembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, de desarrollo y ejecución 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 en la Comunidad de Madrid.

SEGUNDO. Los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid así como las respectivas defensas de las partes personadas en autos como partes codemandadas contestan a las demandas, mediante escritos en los que suplican se dicte sentencia por la que se confirme el Decreto impugnado.

TERCERO. No habiéndose recibido el proceso a prueba se dio traslado a las partes para que presentaran escritos de conclusiones y una vez aportados quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento.

CUARTO. Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia el día 27 de noviembre de 2008.

QUINTO. En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada Iltma.Sra. Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El presente recurso contencioso administrativo tiene como objeto revisar la conformidad a derecho del Decreto 93/2006, de 2 de noviembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, de desarrollo y ejecución 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 en la Comunidad de Madrid.

SEGUNDO. En la demanda presentada por el Abogado del Estado en defensa del Ministerio de Sanidad y Consumo se solicita que se dicte sentencia por la que estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto se acuerde la nulidad de los artículos 2, 3, 4, 5, 7 y de la Disposición Transitoria Única del Decreto impugnado, efectuando al respecto las siguientes consideraciones.

El Abogado del Estado recuerda que con fecha 27 de diciembre de 2005 se publicó en el BOE 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. Y su Disposición Final Primera dispuso que se había dictado con carácter de básica al amparo del artículo 149.1.1ª, 16ª, 18ª y 27ª de la CE, salvo el artículo 10 que se dicta al amparo del artículo 149.1.9ª. Y en el punto 2 de la citada Disposición se dispuso que “corresponde a las Comunidades Autónomas, en su respectivo ámbito territorial, aprobar las normas de desarrollo y ejecución de esta Ley”. La Comunidad de Madrid con fecha 2 de noviembre de 2006 dicta el Decreto 93/2006, de Desarrollo y Ejecución de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, en ejercicio de la competencia que tiene asumida al amparo del artículo 27.4 de su Estatuto de Autonomía.

El Abogado del Estado mantiene que el Decreto 93/2006 regula cuestiones relacionadas con el desarrollo de la Ley 28/2005 que resultan contrarias a la misma, dado que las Comunidades Autónomas en el legítimo ejercicio de sus competencias pueden desarrollar la legislación básica estatal pero no contravenirla. Y, en el caso presente, el Decreto impugnado contraviene la Ley estatal básica en los siguientes preceptos.

Concretamente, el Abogado del Estado entiende que el artículo 2 del Decreto impugnado, en su definición de lo que son centros de trabajo, vulnera la Ley 28/2005 dado que esta prohíbe absolutamente fumar en los centros de trabajo. Por ello, cuando en el artículo 2 del Decreto se permite la posibilidad de fumar en las unidades no productivas, que teniendo una superficie inferior a 100 metros cuadrados celebran actos conmemorativos, se está vulnerando el artículo 7.a y 7.b de la Ley 28/2005 que prohíbe fumar en los espacios integrados en los centros de trabajo, públicos o privados, aunque no sean unidades productivas.

Asimismo el apartado cuarto del artículo 2 citado, en cuanto permite la habilitación de zonas para fumadores en bares, cafeterías y establecimientos asimilados ubicados en el interior de los centros de trabajo –cuando su superficie útil destinada a clientes o visitantes sea igual o superior a 100 metros cuadrados-, contraviene el artículo 8.1.c) de la Ley 28/2005 que prohíbe con total rotundidad habilitar zonas para fumar en los bares y cafeterías ubicados en el interior de los centros de trabajo y dependencias en las que se prohíba fumar. Con esta regulación, el Decreto 93/2006 quiere asimilar estos lugares con los establecimientos de hostelería independientes obviando el lugar- centros de trabajo- donde se ubican esas dependencias en los que rige la prohibición absoluta de fumar.

En relación con el artículo 3 del Decreto impugnado que se refiere a los “Establecimientos en los que se desarrollan dos o más actividades” el Abogado del Estado entiende que, el mismo vulnera la regulación recogida en el artículo 8.2.e) de la Ley 28/2005 que al exigir separación espacial está pensando en dos actividades esencialmente diferentes, como son actividades enumeradas en dos letras distintas del artículo 8.1 (bar de un hotel o de un aeropuerto) y no en dos actividades enumeradas en una misma letra de ese artículo 8.1 (bar y restaurante ambas recogidas en la letra c). El Abogado del Estado expresa que la redacción del citado artículo 3 puede dar lugar a que, por ejemplo, una barra de un bar situada en un restaurante permita computar dos actividades distintas y ello podría hacer incurrir en fraudes consistentes en dividir artificialmente explotaciones con el fin de fraccionar la superficie y así

llegar a calificar las dos explotaciones como inferiores a 100 metros con las consecuencias correspondientes. Y no es esa la intención del legislador estatal.

Respecto del artículo 4 del Decreto que regula las “Zonas habilitadas para fumar” el Abogado del Estado señala que, el artículo 8.2 de la Ley estatal exige separación física y completa compartimentación e impone la obligación de contar con sistemas de ventilación independientes. Mientras que el Decreto impugnado en el indicado artículo 4 solo habla de separación física y omite toda referencia a la compartimentación con lo que podría entenderse que esta no es necesaria. Y la regulación recogida en el Decreto impugnado sobre la ventilación supone menos garantías desde el punto de vista de la salud pública que la recogida en la Ley estatal y ello porque el Decreto se refiere solo a sistemas de extracción o de eliminación de humos adecuados. De la regulación recogida en la Ley 28/2005 se deduce que no se admiten las separaciones funcionales: una raya en el suelo, una cortina de aire, un biombo o cualquier otro medio virtual. Por el contrario, con la regulación recogida en el Decreto impugnado –en cuanto a los sistemas de ventilación- se permite sistemas de separación virtual que no son elementos físicos ni completos ni aseguran la compartimentación. Se insiste por la defensa del Estado que la Ley 28/2005 no permite esa solución como sistema de separación ya que la salud de los no fumadores solo puede preservarse garantizando la absoluta estanqueidad de los espacios de fumadores mediante la completa compartimentación y la separación de los sistemas de ventilación.

El Abogado del Estado en cuanto al artículo 5 del Decreto que regula “Espacios reservados” considera que la regulación recogida en dicho precepto permite que, en cualquier establecimiento de hostelería o asimilado puedan reservarse espacios en los que se permita el consumo de tabaco cualquiera que sea su superficie siempre que se trate de zonas aisladas y de acceso restringido. Por el contrario la Ley 28/2005, aunque permite habilitar zonas para fumar en bares, restaurantes y demás establecimientos de restauración cerrados, exige que tengan una superficie de 100 metros cuadrados salvo los ubicados en centros de trabajo, en los que se prohíbe totalmente.

La defensa de la Administración del Estado considera que el artículo 7 del Decreto 93/2006 que regula los “Establecimientos con superficie útil destinada a clientes inferior a 100 metros cuadrados” vulnera la regulación recogida en el artículo 8.1.c) de la Ley 28/2005 en cuanto se define superficie útil únicamente como aquella dedicada al consumo de clientes excluyendo cualquier zona de paso o habilitada para cualquier otro fin. El Abogado del Estado entiende que dicho precepto vulnera el artículo 8.1.c de la Ley 28/2005 que permite la habilitación de espacios para fumadores en bares, restaurantes

y demás establecimientos de restauración cerrados pero con una superficie útil destinada a clientes o visitantes igual o superior a cien metros cuadrados.

También se impugna la Disposición Transitoria Única del Decreto 93/2006 que regula la adaptación de los locales contraponiéndose a la regulación recogida en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 28/2005 que establece su propio régimen transitorio. Según entiende el Abogado del Estado la Ley disponía que las adaptaciones precisas para la habilitación de zonas para fumadores eran exigibles desde el 1 de septiembre de 2006 y concluye que no es adecuado a derecho que el Decreto 93/2006 haga inaplicable la ley estatal mediante la fijación de un nuevo plazo transitorio de otros seis meses desde su entrada en vigor.

Tanto la “Organización de Consumidores y Usuarios” como la “Aociación NoFumadores Org.” -como partes también recurrentes- solicitan la nulidad del Decreto 93/2006 con argumentos en cierto modo coincidentes con los que mantiene el Abogado del Estado. Con la salvedad de que la “Organización de Consumidores y Usuarios” amplía la solicitud de nulidad al artículo 6 del Decreto impugnado por cuanto contiene una definición negativa de espacio al aire libre según el cual tendrán esta consideración todos aquellos que no puedan calificarse como locales, al no estar cercados o cerrados ni cubiertos o techados. Y la OCU entiende al respecto que es incontestable el hecho de que si una determinada superficie cercada o delimitada es acondicionada con una cubierta móvil o practicable, ello se debe a su utilización a los fines del establecimiento (local) del cual sea anejo para prestar también en esa área los servicios concretos de que se trate. Por ello a esas zonas se les debe aplicar las mismas medidas protectoras frente al tabaquismo. Y que, además, su superficie ha de computarse para el cálculo de la superficie útil del establecimiento a efectos de la aplicación de la Ley, lo que no se prevé en el Decreto autonómico impugnado.

TERCERO.- La defensa de la Comunidad de Madrid se remite a la jurisprudencia fijada por el Tribunal Constitucional en relación con la normativa básica estatal y concluye que dichas normas no pueden impedir el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias de desarrollo legislativo y de ejecución pudiendo así introducir políticas propias que han de respetar en todo caso el marco básico estatal. Y entiende que la interpretación que realiza el Abogado del Estado de los preceptos básicos de la Ley 28/2005 implica la total ausencia de capacidad autonómica de decisión en cuanto al desarrollo de la Ley 28/2005 convirtiendo a esta en inconstitucional por impedir el ejercicio de la competencia autonómica.

Y de ello se concluye que los preceptos que se impugnan del Decreto autonómico 93/2006 no vulneran los principios básicos recogidos en la legislación básica estatal contenida en la Ley 28/2005.

CUARTO.- Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas corresponde analizar la alegación realizada por la entidad recurrente “Organización de Consumidores y Usuarios” en su escrito de demanda. Dicha entidad mantiene que el Decreto 93/2006 impugnado es nulo de pleno derecho porque en su elaboración se han omitido tramites esenciales (art. 62.e) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre).

Concretamente, se entiende que en la elaboración del referido Decreto por parte de la Comunidad de Madrid se ha omitido un tramite esencial como es la ausencia del preceptivo informe del Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid que es preceptivo en la elaboración de las disposiciones generales que afectan directamente a los consumidores (art. 28.2 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid).

A falta de regulación expresa en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Madrid debe tenerse en cuenta el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno que establece los trámites que han de observarse en la elaboración de disposiciones reglamentarias. Dicho precepto dispone que:

“1. La elaboración de los reglamentos se ajustará al siguiente procedimiento:

a) 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.

b) A lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto.

En todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo.

c) Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a 15 días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje será sometida a información pública durante el plazo indicado.

Este trámite podrá ser abreviado hasta el mínimo de 7 días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. Sólo podrá omitirse dicho trámite cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan.

d) No será necesario el trámite previsto en la letra anterior, si las organizaciones o asociaciones mencionadas hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración indicado en el apartado b).

e) El trámite de audiencia a los ciudadanos, en sus diversas formas, reguladas en la letra c), no se aplicará a las disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades de la presente ley, así como a las disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella.

f) Junto a la memoria o informe sucintos que inician el procedimiento de elaboración del reglamento se conservarán en el expediente todos los estudios y consultas evacuados y demás actuaciones practicadas.

2. En todo caso, los proyectos de reglamentos habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica, sin perjuicio del dictamen del Consejo de Estado en los casos legalmente previstos.

3. Será necesario informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas cuando la norma reglamentaria pudiera afectar a la distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

4. La entrada en vigor de los reglamentos aprobados por el Gobierno requiere su íntegra publicación en el Boletín Oficial del Estado”.

No cabe duda que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24.1.b) de la Ley del Gobierno, para la elaboración de las disposiciones reglamentarias se exige, entre otros tramites, que se soliciten aquellos informes que sean preceptivos. Y en este caso, en el artículo 28.2.b) de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, se dispone que el Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid tiene como función, entre otras, la de “informar preceptivamente de las normas que afecten directamente a los consumidores”. De igual modo se recoge en el Decreto 152/2001, de 13 de septiembre, por el que se desarrolla la Ley 11/1998, cuando en el artículo 2.e) se dispone que, entre las funciones del Consejo de Consumo se encuentra la de “conocer e informar preceptivamente cuantas disposiciones de carácter general de la Comunidad de Madrid afecten directamente a los consumidores”. Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid que según refiere el artículo 28 de la Ley 11/1998 se constituye como órgano consultivo, asesor, de participación y de coordinación interadministrativa, fomentándose en su seno la colaboración entre los agentes sociales involucrados en el fenómeno de consumo y de las distintas Administraciones Públicas que ejercen la tutela de los derechos de los consumidores, a fin de elevar su nivel de protección en el ámbito de la Comunidad.

La defensa de la Comunidad de Madrid, en relación con la omisión del referido informe preceptivo, afirma que no es exigible su solicitud en la elaboración del Decreto impugnado dado que el mismo se ha dictado por la Comunidad de Madrid haciendo uso de las competencias reconocidas en el artículo 27.4 del Estatuto de Autonomía (sanidad e higiene) y no de las competencias que se le reconocen en el artículo 27.10 (consumidores y usuarios).

Esta Sala no comparte la tesis que mantiene la defensa de la Comunidad de Madrid. Y ello por las siguientes razones. No puede restringirse el contenido del indicado artículo en el sentido pretendido por la Comunidad de Madrid, pues cuando el legislador dispuso que el Consejo de Consumo debía informar preceptivamente en las normas reglamentarias que afectaban a los consumidores no especificó que debían ser normas dictadas en el ejercicio de las competencias asumidas por la Comunidad de Madrid en materia de consumo sino que solo expreso que debían ser normas que afectasen a los consumidores directamente. Y será finalmente esta calificación – directamente- la que determine que, en algunos casos, no sea necesario reclamar el informe referido al Consejo de Consumo.

Es cierto que el Decreto 93/2006 no se ha dictado por la Comunidad de Madrid en el desarrollo de la competencia referida en el artículo 27.10 de su Estatuto de Autonomía (consumidores y usuarios) sino del artículo 27.4 que se refiere a la sanidad e higiene. No obstante, es difícil, en este caso, concluir que el Decreto impugnado no afecta directamente a los derechos e intereses de los consumidores aunque las competencias por las que se ha dictado sean las de sanidad. Hasta tal punto debe entenderse así que el propio Decreto 93/2006 tiene como finalidad el desarrollo y ejecución 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 publicidad de los productos del tabaco en la Comunidad de Madrid. Incluso en la exposición de motivos del Decreto impugnado se señala que: "la evidencia científica sobre los riesgos que conlleva el consumo de tabaco para la salud de la población es concluyente". Y continúa refiriendo que "... los datos científicos de que se dispone sobre los riesgos y consecuencias nocivas para la salud derivadas del consumo de tabaco..." y que "...el derecho de las personas no fumadoras a un ambiente sin humo debe prevalecer sobre el de las personas consumidoras de tabaco...".

Por otra parte, la Ley 28/2005 afirma en su exposición de motivos que: "Las consideraciones expuestas hacen necesaria la adopción de nuevas medidas en una doble dirección. Por un lado, aquéllas que inciden sobre el consumo y la venta, con el aumento de los espacios sin humo, la limitación de la disponibilidad y accesibilidad a los productos del tabaco, especialmente a los más jóvenes y la garantía de que el derecho de la población no fumadora a respirar aire no contaminado por el humo del tabaco prevalece sobre el de las personas fumadoras. Resulta oportuno y necesario introducir nuevas medidas en la venta y consumo de tabaco para subsanar las limitaciones y deficiencias de la legislación existente que el paso del tiempo, la progresiva evidencia científica, la mayor sensibilización y concienciación social y la proliferación y diversificación de las estrategias de venta y promoción de los productos del tabaco han puesto de manifiesto."

Es decir, la finalidad que se persigue tanto por la Ley 28/2005 como por el Decreto 93/2006 es establecer un sistema de control en relación, entre otros supuestos, con el consumo del tabaco por los efectos perniciosos que conlleva sobre la salud tanto de los fumadores como de los no fumadores. Por lo que es difícil entender la razón que impide incluir el Decreto 93/2006 en el concepto de disposiciones generales que afectan directamente a los consumidores a los efectos de exigir en su tramitación el preceptivo informe del Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid que se impone en el

artículo 28.2.b) de la Ley 11/1998. Informe preceptivo que se ha omitido en la elaboración del Decreto 93/2006 impugnado.

No cabe duda, por tanto, que estamos ante una disposición reglamentaria que afecta a los derechos e intereses de los consumidores – bajo el punto de vista de protección de la salud- al regular la norma impugnada – entre otros supuestos- cuales son los lugares en los que se prohíbe de forma absoluta el consumo de tabaco y así como los lugares en los que se va a permitir el consumo de tabaco con algunas limitaciones y protecciones a favor de los usuarios de dichos lugares que no son consumidores de tabaco.

En este caso, es muy difícil poder deslindar sanidad y derechos de los consumidores -fumadores y no fumadores- como así pretende la defensa de la Comunidad de Madrid. Incluso la propia Ley 11/98 al regular la protección de los consumidores incluye en su objeto de protección los derechos de los consumidores para mejorar su calidad de vida. Y se refiere a ello en su artículo 1 cuando dispone que: “La presente Ley tiene por objeto garantizar la defensa y promoción de los derechos de los Consumidores, así como establecer los principios normativos destinados a la mejora de su calidad de vida, en el ámbito de la Comunidad de Madrid”. Y en el artículo 2 se define al consumidor como aquellas personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. Y al regular su artículo 3 los “Derechos básicos de los consumidores” define como tales: “a) La protección frente a los riesgos que puedan afectar a su salud y seguridad, concebida aquélla de forma integral, incluyendo por tanto los riesgos que amenacen al medio ambiente y a la calidad de vida”.

Se llama la atención sobre el hecho de que en la tramitación del Decreto 93/2006 si se ha oído al Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid cuyo informe es preceptivo cuando se trata de normas que afectan al consumo y al comercio. Incluso consta en el expediente administrativo el informe emitido en fecha 25 de enero de 2006 por la Secretaria General Técnica de la Consejería de Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid en el que se recuerda que, con carácter previo a la elaboración de la norma impugnada es preceptivo que el Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid emita el correspondiente informe.

El Tribunal Supremo ha entendido que la razón que justifica la necesidad de exigir un informe preceptivo en la elaboración de las disposiciones reglamentarias es garantizar la legalidad, acierto y oportunidad

de la disposición general. Y ha declarado que la omisión de dichos informes preceptivos determina la nulidad de pleno derecho de las disposiciones reglamentarias (TS, sentencias, entre otras de 19 de febrero y 18 de abril de 1999, 27 de octubre de 2003 y 18 de septiembre de 2008).

Tal como pone de manifiesto, entre otras, la STS, Sala 3ª, de 13 de noviembre de 2000, en su FJ 4º: "El procedimiento de elaboración de los reglamentos constituye un procedimiento especial, previsto por el artículo 105.1 CE y regulado con carácter general en el artículo 24 de la Ley del Gobierno 50/97, de 27 noviembre, y un límite formal al ejercicio de la potestad reglamentaria. Su observancia tiene, por tanto, un carácter "ad solemnitatem", de modo que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, la omisión del procedimiento o un defectuoso cumplimiento, que se traduzca en una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende su exigencia, arrastra la nulidad de la disposición que se dicte. Orientación teleológica que tiene una doble proyección: una de garantía "ad extra", en la que se inscriben tanto la audiencia de los ciudadanos, directa o a través de las organizaciones o asociaciones reconocidas por la ley, prevista en el artículo 24.1 c) Ley del Gobierno, como la necesidad de una motivación de la regulación que se adopta, en la medida necesaria para evidenciar que el contenido discrecional que incorpora la norma no supone un ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria; otra de garantía interna encaminada a asegurar no sólo la legalidad sino también el acierto de la regulación reglamentaria, en la que se inscriben los informes y dictámenes preceptivos a que se refiere el artículo 24.1. b) de la Ley del Gobierno".

A la vista de lo expuesto, y ante la ausencia del informe preceptivo del Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid en el procedimiento de elaboración del Decreto 93/2006, de 2 de noviembre, resulta procedente declarar su nulidad de pleno derecho ante la ausencia de un tramite esencial legalmente establecido en el procedimiento administrativo de elaboración según dispone el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Nulidad de pleno derecho que impide que puedan analizarse las restantes alegaciones planteadas en este recurso contencioso administrativo.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA no se hace un especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta instancia.

FALLAMOS

Que debemos estimar el recurso contencioso administrativo promovido por el Abogado del Estado en defensa del Ministerio de Sanidad y Consumo; por la entidad “Asociación NOFUMADORES Org.” representada por la Procuradora Doña Paloma Rabadán Chaves, y por la “Organización de Consumidores y Usuarios” (OCU) representada por el Procurador D. José Luís Ferrer Recuero, contra el Decreto 93/2006, de 2 de noviembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, de desarrollo y ejecución 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 en la Comunidad de Madrid y, en consecuencia, declaramos su nulidad de pleno derecho por haberse omitido en su elaboración el informe preceptivo del Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid.

No se hace un especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta instancia, al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

Así, por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA, Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia publica esta Sala, de lo que, como Secretario de la misma, doy fe.