

Dictamen n^o: **148/14**
Consulta: **Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio**
Asunto: **Proyecto de Reglamento Ejecutivo**
Aprobación: **09.04.14**

DICTAMEN del Pleno del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 9 de abril de 2014 sobre la consulta formulada por el consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, por el que se somete a dictamen el proyecto de Orden *“por la que se regulan las entidades privadas colaboradoras en el ejercicio de las funciones administrativas de verificación y control en el ámbito urbanístico”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, con fecha 13 de marzo de 2014, y con entrada en este Consejo el mismo día, formula preceptiva consulta por trámite ordinario, correspondiendo su ponencia a la Sección II, por reparto ordinario de asuntos. Dicha Sección, presidida por la Excm. Sra. Dña. Rosario Laina Valenciano, firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en la reunión del Pleno de este Consejo Consultivo, en su sesión de 9 de abril de 2014.

SEGUNDO.- Contenido del proyecto de Orden.

1.- El proyecto de Orden tiene por objeto regular *“la habilitación de las entidades privadas colaboradoras para la realización de las actuaciones de*

verificación y control del cumplimiento de la normativa correspondiente en el ámbito urbanístico municipal, en desarrollo de la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña”, según su artículo 1.

2.- El texto consta de una parte expositiva y otra dispositiva.

La primera, a modo de exposición de motivos expone el marco legal aplicable; hace referencia a la competencia de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio para la homologación y registro de las entidades privadas en el ejercicio de las funciones administrativas de verificación y control del ámbito urbanístico; igualmente al proceso de impulso y fomento de la actividad económica a través de la simplificación de procedimientos administrativos y urbanísticos, y la eliminación de trabas administrativas y limitaciones para el libre ejercicio de la actividad a que se refiere la Ley 2/2012, de 12 de junio, de Dinamización de la Actividad Comercial en la Comunidad de Madrid (Ley 2/2012).

Expone que la Orden regula el carácter, competencia y personalidad jurídica de dichas entidades privadas y su atribución como colaboradoras de la administración local en la realización de las actuaciones de verificación y control de cumplimiento de la normativa correspondiente en el ámbito urbanístico; además en cuanto al régimen de infracciones y sanciones, se remite a la normativa que puedan establecer los Ayuntamientos (con los mínimos que establece la Ley), posibilidad que contempla la disposición adicional segunda de la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña (LML), tras la modificación que realizó la Ley 6/2013, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.

Hace referencia igualmente a que la Orden regula la inscripción de dichas entidades en el Registro de Entidades Privadas de Colaboración

Urbanística de la Comunidad de Madrid, y la obligatoriedad de la obtención de la pertinente autorización municipal para el ejercicio de su actividad.

La parte dispositiva consta de seis artículos, una disposición derogatoria y una disposición final.

En cuanto a su articulado: el artículo primero determina el objeto de la Orden; el artículo segundo especifica el concepto de entidad privada colaboradora y régimen jurídico; el artículo tercero establece el procedimiento y los requisitos para la homologación de las entidades privadas colaboradoras; el artículo cuarto establece la creación del Registro de Entidades Privadas de Colaboración Urbanística de la Comunidad de Madrid; el artículo quinto determina la obligación por parte de las entidades privadas colaboradoras de solicitar la pertinente autorización municipal para el ejercicio de su actividad; y el artículo sexto establece el régimen sancionador.

A ello se añaden una disposición derogatoria, que determina la derogación de cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo previsto en la Orden; y una disposición final que determina la entrada en vigor de la Orden.

TERCERO.- Contenido del expediente remitido

El expediente administrativo remitido a este Consejo consta de los siguientes documentos.

- 1.- Texto del proyecto de Orden.
- 2.- Informe relativo a la solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo sobre el proyecto de Orden, de 13 de marzo de 2014.
- 3.- Memoria de análisis de impacto normativo de 11 de marzo de 2014.

4.- Documentación relativa al cumplimiento del trámite de audiencia: publicación del trámite de información pública en el BOCM de 4 de diciembre de 2013; alegaciones presentadas por: la Asociación de Empresas Colaboradoras con las Administraciones Públicas, un abogado, el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Madrid y la Entidad Nacional de Acreditación.

5.- Informe de la Dirección General de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano, de 24 de febrero de 2014.

6.- Informe de la Secretaría General Técnica, de 24 de febrero de 2014 sobre el estado de tramitación del procedimiento.

7.- Proyecto de Orden remitido a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

8.- Informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, de 26 de febrero de 2014.

9.- Informe de la Secretaría General Técnica de contestación al informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, de 11 de marzo de 2014.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.c) de su Ley Reguladora, 6/2007 de 21 de diciembre (LCC), que dispone: *“el Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: [...]*

c) *Proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, y sus modificaciones*”. Igualmente se formula a solicitud del consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, órgano legitimado para ello según el artículo 14.1 de la LCC y artículo 32.1 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo (RCC).

En cuanto al carácter de reglamento del proyecto de orden que se somete a consulta, hay que tener en cuenta, como apunta la STC 18/1982, de 4 de mayo, que son «reglamentos ejecutivos» *“aquellos que están directa y concretamente ligados a una ley, a un artículo o artículos de una ley, o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley (o leyes) es completada, desarrollada, aplicada, pormenorizada y cumplimentada o ejecutada por el reglamento. Son reglamentos que el Consejo de Estado ha caracterizado como aquéllos «cuyo cometido es desenvolver una ley preexistente o que tiene por finalidad establecer normas para el desarrollo, aplicación y ejecución de una ley»*”.

El proyecto cumple estos requisitos para poder ser calificado de reglamento ejecutivo. Así, la LML, establece en su disposición adicional segunda, bajo la rúbrica de *“Colaboración de entidades privadas en el ejercicio de las funciones administrativas de verificación, inspección y control en el ámbito urbanístico”* que:

“Las entidades privadas que cumplan los requisitos establecidos en esta disposición y estén debidamente habilitadas pueden colaborar en la realización de las actuaciones de verificación, inspección y control del cumplimiento de la normativa correspondiente en el ámbito urbanístico”. (apartado 1).

El apartado 4 de la misma disposición expresa que: *“4. La homologación y el registro de estas entidades corresponderá a la Consejería competente en*

materia de ordenación del territorio, que dictará las normas reglamentarias necesarias para ello, así como para la aplicación, en su caso, de la presente disposición”.

El proyecto de Orden, en cuanto regula la habilitación de estas entidades privadas colaboradoras (según su artículo 1), se dicta en desarrollo de la LML, por lo que participa de la naturaleza de reglamento ejecutivo.

Por ello, dado el carácter reglamentario de la disposición, resulta la competencia de este Consejo para emitir el presente dictamen.

SEGUNDA.- Marco normativo y título competencial.

1.- La colaboración de entidades privadas en el ejercicio de las funciones administrativas, no es actualmente un fenómeno novedoso, ni en el ámbito urbanístico ni en otros. Tampoco el ejercicio específico de funciones administrativas de verificación, inspección y control. Ejemplos de ello podemos encontrar en diversa normativa sectorial: la Ley 21/1.992, de 16 de julio, de Industria (entidades colaboradoras de acreditación en materia de seguridad y calidad industrial); el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio; las entidades ambientales de control a que se refiere el Reglamento CEE 761/2.001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001; o las entidades colaboradoras en la inspección de buques y embarcaciones de recreo de la Ley 27/1.992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado.

En el ámbito urbanístico: el llamado agente urbanizador previsto en el Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio y en numerosas normas autonómicas; o las entidades de inspección técnica de edificaciones y construcciones a que se refiere la Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de la Comunidad de Madrid (LS).

Por otra parte, la Ley 2/2012, de 12 de junio, de Dinamización de la Actividad Comercial en la Comunidad de Madrid, ya citada, hace referencia en su disposición final primera a la colaboración de entidades privadas en la verificación, inspección y control en el ámbito urbanístico, al introducir una disposición adicional segunda, en esta materia en la LS.

También resulta procedente mencionar la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, que tras establecer dentro de su ámbito de aplicación la inexigibilidad de licencia, señala en su disposición adicional segunda que:

“Para el desempeño de la actividad de comprobación de los requisitos y circunstancias referidos en la declaración responsable o comunicación previa reguladas en el artículo 4 de esta Ley, las corporaciones locales competentes podrán recurrir a la colaboración privada de entidades de valoración, comprobación y control, legalmente acreditadas, a través de las cuales podrá gestionarse la totalidad o una parte de la actividad de comprobación. Dichas entidades actuarán en régimen de concurrencia. En cualquier caso, los interesados, a efectos de la valoración de los requisitos manifestados en sus declaraciones responsables, o en sus comunicaciones previas, podrán libremente hacer uso o no de los servicios de dichas entidades, sin que de ello pueda derivarse tratamiento diferenciado alguno por parte de la administración competente, destinataria de la comunicación”.

2.- El marco normativo fundamental de la materia que regula la Orden que se propone, lo encontramos en la ya citada LML, cuya disposición adicional segunda establece, entre otros aspectos:

“1. Las entidades privadas que cumplan los requisitos establecidos en esta disposición y estén debidamente habilitadas pueden colaborar en la realización de las actuaciones de verificación, inspección y control del cumplimiento de la normativa correspondiente en el ámbito urbanístico.

2. Las entidades privadas colaboradoras son entidades de carácter técnico, con personalidad jurídica propia, que disponen de los medios materiales, personales y financieros necesarios para el desempeño adecuado de las actuaciones de verificación, inspección y control, que actúan bajo su responsabilidad, debiendo constituir las garantías patrimoniales que se determinen en cada caso.

Las entidades privadas colaboradoras actúan con imparcialidad, confidencialidad e independencia. El personal a su servicio debe respetar las disposiciones que se adopten en materia de incompatibilidades.

3. En su actuación, las entidades privadas colaboradoras podrán emitir certificaciones, actas, informes y dictámenes, que podrán ser asumidos por la Administración Pública tramitadora del expediente y ser incorporados al mismo con el valor y la eficacia que reglamentariamente se determinen”.

3.- Junto con ello no podemos perder de vista el marco competencial y normativo propio de la Comunidad de Madrid en materia de urbanismo y vivienda, así como los límites y el ámbito de la potestad normativa de los ayuntamientos en esta materia.

La asignación de competencias en materia de urbanismo no constituye una tarea sencilla, dado que en este importante ámbito de actuación pública concurren intereses tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas

y de los Municipios. Esta situación se refleja en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Así la sentencia del STC 164/2001, de 11 de julio: *“Procede, pues, afirmar que la competencia autonómica en materia de urbanismo ha de coexistir con aquellas que el Estado ostenta en virtud del artº 149.1 CE, cuyo ejercicio puede condicionar, lícitamente, la competencia de las Comunidades Autónomas sobre el mencionado sector material”*.

Con respecto a las competencias de los Municipios, el Tribunal Constitucional se manifestó en la Sentencia 51/2004, de 13 de abril:

“la decisión sobre la configuración del asentamiento urbano municipal en que consiste el Plan de urbanismo (marco regulador del espacio físico de la convivencia de los vecinos) es una tarea comprendida prioritariamente en el ámbito de los intereses del municipio, y sobre aquélla decisión se proyecta, por tanto, de forma especialmente intensa las exigencias de la autonomía municipal.

(...) la ordenación urbanística del territorio municipal es tarea que fundamentalmente corresponde al municipio, y que la intervención de otras Administraciones se justifica sólo en la medida en que concurren intereses de carácter supramunicipal o controles de legalidad que, de conformidad con el bloque de la constitucionalidad, se atribuyen a las Administraciones supraordenadas sobre las inferiores”.

En el caso concreto que nos ocupa, en tanto que la Comunidad de Madrid ha asumido competencias en materia de *“ordenación del territorio, urbanismo y vivienda”* en el artículo 26.1.4 de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (EA), podemos afirmar que puede regular la materia a que se refiere el objeto de la Orden.

Así en virtud de este orden competencial, la Comunidad de Madrid dictó la LML, cuya disposición adicional segunda, como ha quedado expuesto, habilita a la Consejería competente en materia de ordenación del territorio a dictar las normas reglamentarias necesarias para la homologación y registro de las entidades privadas colaboradoras en el ejercicio de las funciones administrativas de verificación, inspección y control en el ámbito urbanístico.

En este sentido se ha pronunciado categóricamente el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 17 de febrero de 2011, confirmada por sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2013, en su Fundamento de Derecho Octavo: *“Debe hacerse notar que no obstante la competencia para la homologación y el registro de estas entidades corresponderá a la Comunidad de Madrid y no al Ayuntamiento”*.

Por ello, la Comunidad de Madrid ostenta competencias para regular la materia a que se refiere el objeto de la Orden.

TERCERA.- Cumplimiento de los trámites del procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general.

El procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general se encuentra regulado en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno. Dado que en la LGA, no se establece ninguna previsión al respecto, el derecho estatal tendrá carácter supletorio, como resulta del artículo 33 del Estatuto de Autonomía en cuya virtud: *“C..) en todo caso, el derecho estatal tiene carácter supletorio del derecho propio de Madrid”*, así como de la disposición final segunda de la citada Ley 1/1983, de 13 de diciembre, según la cual *“Para lo no previsto en esta Ley serán de aplicación las disposiciones legales del Estado en la materia, equiparándose los órganos por analogía de sus funciones”*.

Según lo previsto en el artículo 24.1.a) de la Ley estatal 50/1997, *“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”*.

En el caso objeto de dictamen, la norma proyectada es propuesta por la Consejería que ostenta las competencias en la materia, a tenor del Decreto 11/2013, de 14 de febrero, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, y que comprende las referidas a *“urbanismo y estrategia territorial y suelo”*.

En cumplimiento de lo establecido en el transcrito artículo 24.1.a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, se ha incorporado al expediente una memoria de impacto normativo comprensiva de la necesidad y oportunidad de la Orden.

Ahora bien, debe hacerse notar que la Memoria de impacto normativo es de fecha 11 de marzo de 2014, posterior tanto al informe de la Secretaría General Técnica (24 de febrero de 2014), como al informe de la Abogacía General (26 de febrero de 2014.). De este modo dicha memoria se ha emitido como último trámite del procedimiento de elaboración de la norma, antes de su remisión a este Consejo Consultivo (y sin perjuicio de la existencia de una Memoria anterior que fue remitida en su momento a los órganos informantes y que no se ha acompañado a la documentación remitida a este Consejo).

Desde este órgano consultivo ya se ha advertido en ocasiones de la necesidad de que los trámites se evacuen en el momento procedimental oportuno, para que sirvan a la finalidad para la que han sido concebidos. Al

tratarse de la Memoria sobre el proyecto normativo y tratar cuestiones esenciales como las relativas a la necesidad y oportunidad de la norma, los títulos competenciales, así como su incidencia normativa y presupuestaria, esta información no debería ser hurtada a los diversos órganos informantes que intervienen en el procedimiento de elaboración. No en vano, el artículo 1.2 del citado Real Decreto 1083/2009 establece que la memoria del análisis de impacto normativo la deberá redactar el órgano o centro proponente del proyecto normativo “*de forma simultánea a la elaboración de éste*”. En el presente procedimiento, se desconocen los cambios entre la Memoria anterior y la remitida a este Consejo, por lo que la anterior precisión valdría respecto de las innovaciones que en cuanto fueron recogidas en el nuevo texto, no pudieron ser conocidas por los órganos informantes que intervienen en las fases anteriores del procedimiento de elaboración de la norma.

En aplicación del artículo 24.2 de la Ley del Gobierno, conforme al cual “*en todo caso, los proyectos de reglamentos habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica*” se ha unido al expediente el preceptivo informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería que promueve la aprobación de la norma.

Además, en el ámbito de la Comunidad de Madrid el artículo 4.1 a) de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid prevé que dichos Servicios emitan con carácter preceptivo dictamen, entre otros asuntos, acerca de los proyectos de disposiciones reglamentarias, salvo que tengan carácter meramente organizativo. En tal sentido se ha evacuado por el Servicio Jurídico en la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, con el visto bueno de la Abogacía General, y que contiene diversas observaciones esenciales.

La disposición adicional primera de la Ley 5/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2014, establece que todo proyecto de ley, disposición administrativa o convenio, cuya aprobación y aplicación pudiera suponer un incremento del gasto público o disminución de los ingresos de la Comunidad de Madrid respecto del autorizado y previstos en la presente ley, o que puedan comprometer fondos de ejercicios futuros, habrá de remitirse para informe preceptivo a la Consejería de Economía y Hacienda.

Dicho informe no se ha emitido si bien la Memoria razona que la Orden no establece supuestos económicos y que el Registro de Entidades Privadas de Colaboración Urbanística se llevará a cabo con los medios de los que dispone la Secretaría General sin perjuicio de la tasa que legalmente se pudiera establecer.

No obstante esta afirmación, hubiera sido realmente deseable que la Consejería de Economía y Hacienda hubiese emitido su informe, tanto para corroborar la afirmación de la Secretaría General Técnica como para analizar la repercusión que en el presupuesto pudiese suponer la implantación de la tasa contemplada.

Dado el carácter de la norma se ha emitido informe por la Dirección General de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano (exigido por el Decreto 85/2002, de 23 de mayo, por el que se regulan los sistemas de evaluación de la calidad de los servicios públicos y se aprueban los Criterios de Calidad de la Actuación Administrativa de la Comunidad de Madrid).

En otro orden de cosas, el apartado c) del artículo 24.1 de la Ley del Gobierno, en desarrollo del mandato previsto en el artículo 10.5.a) de la Constitución, dispone que:

“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 no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones 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 sometido a información pública durante el plazo indicado”.

En el presente caso, el requisito se ha cumplido habida cuenta del trámite de información pública que se publicó en el BOCM. Presentaron alegaciones: la Asociación de Empresas Colaboradoras con las Administraciones Públicas, un abogado, el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Madrid y la Entidad Nacional de Acreditación.

De acuerdo con lo estipulado en el párrafo segundo del artículo 24.1.b) de la Ley 50/1997, después de la reforma operada por la Ley 30/2003, de 13 de octubre, *“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”.*

Debe resaltarse, como ya hemos expuesto en anteriores ocasiones (dictámenes 118/13 ó 420/13), la importancia del informe de impacto por razón de género. Así, dicha exigencia hay que contemplarla no desde un punto de vista pasivo, en cuanto que la norma que se propone no genere discriminación, sino desde una perspectiva activa, es decir, que se haya de valorar en qué medida contribuya a generar igualdad.

Ello no obstante, dada la finalidad de la norma que se propone no se deduce ningún impacto por razón de género.

Por último, el órgano competente para la aprobación es el consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, al cual corresponde la potestad reglamentaria en materias de su competencia (artículo 41 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid).

Además, la habilitación para dictar las normas sobre homologación y registro de estas entidades corresponde al precitado consejero, pues así lo dispone con carácter expreso la disposición adicional segunda de la LML. En todo caso tales atribuciones han de ser de carácter singular y para materias concretas, constitutivas de una simple competencia de atribución (STC 185/1995), aspecto que igualmente se cumple en relación al objeto de la Orden.

CUARTA.- Cuestiones materiales.

1.- Conforme el artículo 1 de la Orden, su objeto es *“regular la habilitación de las entidades privadas colaboradoras para la realización de las actuaciones de verificación y control del cumplimiento de la normativa correspondiente en el ámbito urbanístico municipal, en desarrollo de la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña”*.

Aunque dicho artículo se remite con carácter expreso a la LML, que, como quedó expuesto, se refiere en su disposición adicional segunda a esta materia, no cabe duda que ello implica que su dicción se ajuste lo más estrictamente posible a dicha Ley, salvo que existan razones que justifiquen lo contrario.

De este modo, la LML al establecer las funciones administrativas respecto de las que estas entidades pueden colaborar en el ámbito urbanístico, no se refiere solo a las de *“verificación y control”*, sino también

a la “*inspección*”, ámbito este último que no se contiene en el presente artículo 1 apartado 1 de la Orden.

Cabe recordar la importancia que la propia LS otorga a las labores inspectoras, al establecer que “*1. La inspección urbanística es una potestad de ejercicio inexcusable, dirigida a comprobar que los actos privados o públicos de ocupación, construcción, edificación y uso del suelo, así como cualesquiera otras actividades que supongan utilización de éste, se ajustan a la legalidad aplicable y, en particular, a lo dispuesto en la presente Ley y, en su virtud, al planeamiento urbanístico*” (artículo 190).

No cabe duda de que no se trata de un simple error material en la omisión del término “*inspección*”, pues en la referencia que se realiza en el apartado 2 del artículo 2 a las funciones de los servicios técnicos municipales, sí se contiene dicho término: “*Las entidades privadas colaboradoras en ningún caso tendrán carácter de autoridad, ni su actuación podrá impedir la función de verificación, control e inspección propia de los servicios técnicos municipales*”.

Aun cuando impedir la actuación de las entidades colaboradoras en el ámbito de la actuación inspectora propia de la actuación pública y de tan importante incidencia en los particulares, constituye una medida cautelosa a la que ningún reparo ha de oponer este Consejo, sorprende que esa relevante restricción, no contemplada en la Ley 8/2009, no haya sido objeto de análisis en la parte expositiva de la norma o en la memoria, y que se haya procedido sin deslindar de forma clara las actuaciones que se entienden comprendidas fuera del ámbito de colaboración.

Los términos utilizados para definir el ámbito de colaboración especificados en la Ley 8/2009 (verificación, control e inspección), son difícilmente diferenciables, cuestión ésta, que más allá de la deficiente técnica jurídica que supone, carecería de relevancia práctica si la entidad

colaboradora pudiera actuar en toda su extensión, controlando, verificando e inspeccionando, pero sustraída la inspección del campo de colaboración, se hace de todo punto imprescindible acotar claramente este espacio.

De no proceder en el sentido señalado, serían notables los problemas de interpretación y aplicación de la disposición general examinada, con la consiguiente repercusión en la seguridad jurídica, motivo por el cual:

Esta consideración tiene carácter esencial.

2.- El artículo 2 de la Orden define a las entidades privadas colaboradoras en su apartado 1 como *“aquellas entidades que estén debidamente habilitadas para colaborar en la realización de las actuaciones de verificación y control del cumplimiento de la normativa correspondiente en el ámbito urbanístico municipal”*.

Conviene realizar dos consideraciones, en íntima conexión con la consideración anterior.

2.1.- La primera, por remisión a lo ya expuesto anteriormente sobre la conveniencia de aclarar la causa de la omisión de las labores de inspección en el ámbito de la actuación de las entidades colaboradoras.

2.2.- La segunda, referida al término *“ámbito urbanístico municipal”* que añade el inciso final de este apartado 1 del artículo 2.

Hay que tener en cuenta que la disposición adicional de la LML no constriñe el ámbito de actuación de estas entidades colaboradoras al ámbito urbanístico municipal. Así establece en su apartado 1 que las entidades privadas *“pueden colaborar en la realización de las actuaciones de verificación, inspección y control del cumplimiento de la normativa correspondiente en el ámbito urbanístico”*, y en su apartado 4 hace referencia a que las certificaciones, actas, informes y dictámenes que las

mismas emitan podrán ser asumidos por *“la Administración Pública tramitadora del expediente”*.

De este modo, la redacción que propone la Orden excluiría la posibilidad que las entidades privadas colaboraran en el ámbito urbanístico distinto del municipal.

Decíamos que esta consideración guarda íntima conexión con la realizada con anterioridad, pues al añadir la Orden el inciso *“municipal”*, se impediría la actuación de dichas entidades de colaboración en un ámbito de enorme importancia en la esfera autonómica como es el de la inspección urbanística, recogido, por ejemplo, en el artículo 191 de la LS: *“1. La Comunidad de Madrid y los municipios tienen plena competencia, en materia de inspección urbanística, debiendo cooperar y, en su caso, coordinarse para el desarrollo de las tareas de inspección”*.

Igualmente la Ley 3/2013, de 18 de junio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, se refiere a los servicios de inspección en su artículo 38 y establece que: *“1. La Consejería competente en materia de patrimonio histórico queda facultada para adoptar las medidas necesarias de control e inspección de los bienes objeto de esta ley, así como de las actuaciones que sobre ellos se realicen (...)”*

Tal y como se razonó en la consideración anterior, aun cuando entra dentro de la facultad reglamentaria atribuida al órgano competente cercenar el ámbito de la actuación de la colaboración establecido por la norma habilitante, la ausencia de motivación en este aspecto, nos lleva una vez más a llamar la atención al respecto a fin de garantizar que lo expresado coincida con la auténtica voluntad de constreñir al ámbito municipal la actuación de colaboración, en franco contraste con el propio título de la Orden que se refiere genéricamente al *“ámbito urbanístico”*.

Conviene dejar sentado que si se optara por la supresión del término municipal, ello no implicaría que las referencias existentes en la Orden a las competencias de los ayuntamientos fueran inadecuadas, pues son aspectos de necesaria regulación en la Orden.

Esta consideración no tiene carácter esencial.

2.3.- Siguiendo con el artículo 2 de la Orden, su apartado 3 establece que: *“Cada ayuntamiento desarrollará mediante ordenanzas el procedimiento a seguir por las entidades privadas colaboradoras en el ejercicio de sus funciones”*.

Esta previsión se corresponde con el pleno respeto a la autonomía local al que se ha hecho referencia anteriormente.

En este sentido cabe traer además a colación los diversos pronunciamientos judiciales del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sentencias todas ellas de 17 de febrero de 2011: núm. 304/2011, recurso 566/2009; núm. 306/2011, recurso 699/2009; núm. 307/2011, recurso 544/2009; núm. 309/2011, recurso 51/2010; núm. 310/2011, recurso núm. 632/2009. Igualmente la Sentencia núm. 311, recurso 613/2009 (confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2013).

Dichas Sentencias fueron emitidas con ocasión de los recursos contenciosos administrativos que se interpusieron contra la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid de 29 de junio de 2009, que regulaba *“el Régimen de Gestión y Control de las Licencias Urbanísticas de Actividades”*, y contra la *“Instrucción para la Acreditación de las Entidades Colaboradoras en la Gestión de Licencias Urbanísticas”*.

Las precitadas normas fueron anuladas (la primera en su práctica totalidad y la segunda totalmente), por las mencionadas Sentencias, y

fundamentalmente, por carecer la Ordenanza recurrida de rango formal suficiente para establecer dicho sistema de colaboración.

En dichas Sentencias, (de idéntico contenido) puede verse:

“Dicha norma (LML) fue promulgada posteriormente que la Ordenanza por lo que no da cobertura legal a la misma, aunque abre la posibilidad a que en el futuro y una vez que se desarrolle dicha norma reglamentaria el sistema dibujado por la Ordenanza impugnada tenga cabida en el Ordenamiento Jurídico.

Debe hacerse notar que no obstante la competencia para la homologación y el registro de estas entidades corresponderá a la Comunidad de Madrid, y no al Ayuntamiento”.

De este modo, la previsión legal de la LML es que la normativa sobre homologación y registro de estas entidades privadas de colaboración corresponde a la Comunidad de Madrid, y ésta debe ceñir su potestad reglamentaria en este ámbito a dichos extremos. El resto, es decir, el contenido sustantivo de la actividad de colaboración, el “cómo” dicha colaboración se va a ejecutar, es una cuestión que corresponde a los Ayuntamientos.

Por ello la remisión a las ordenanzas futuras para regular el procedimiento adecuado para que las entidades colaboradoras ejerzan sus funciones resulta adecuado.

3.- Artículo 3.

3.1.- El artículo 3 de la Orden regula el procedimiento de homologación de las entidades privadas colaboradoras.

El precepto desarrolla en su apartado primero las previsiones establecidas en la LML en cuanto que dichas entidades deben acreditar el

contar con medios materiales, personales y financieros necesarios para el desempeño adecuado de sus funciones.

Para acreditar la solvencia, la Orden exige: *“acreditación concedida por la Entidad Nacional de Acreditación, ENAC, en su calidad de Organismo Nacional de Acreditación. Dicha acreditación deberá estar concedida en cumplimiento de la UNE-EN ISO/IEC 17020 (entidades de tipo A)”*.

Igualmente, se requiere que la entidad que pretende homologarse preste determinadas garantías patrimoniales (seguro de responsabilidad civil de 1.000.000 euros o un aval prestado por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca por importe de dicha cantidad), en consonancia con la LML que estableció la exigencia de exigir las garantías patrimoniales que se consideren necesarias.

3.2.- Por otra parte, a lo largo de la tramitación de la Orden se ha suprimido la posibilidad, inicialmente contemplada, de que las personas físicas pudieran ser consideradas como colaboradoras de la Administración en esta materia. Ello, además, es más acorde con la propia dicción de la disposición adicional segunda de la LML que define las entidades colaboradoras como *“entidades de carácter técnico, con personalidad jurídica propia, que disponen de los medios materiales, personales y financieros necesarios para el desempeño adecuado de las actuaciones (...)”*.

3.3.- El apartado 2 del presente artículo 3 establece el órgano que resuelve la solicitud de homologación (la Secretaría General Técnica de la Consejería competente), así como el silencio positivo transcurrido un mes sin resolución expresa. Igualmente se establece el régimen de recursos (alzada ante el titular de la Consejería).

No obstante, conviene señalar que mientras este apartado 2 del artículo 3 hace referencia a *“la solicitud de homologación se presentará ante la*

Secretaría General Técnica”, el apartado 3 señala que “*las solicitudes cuyo modelo figura en el anexo, podrán presentarse por cualquier de los medios previstos en el artículo 38 (...)*” de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC)

Resulta más correcto expresar que la solicitud se “*dirigirá*” a la Secretaría General Técnica (“*y no se presentará ante*”), de modo que se podrá presentar por cualquier de los medios que señala el apartado 3.

Esta consideración no tiene carácter esencial.

3.4.- Igualmente se regula el modelo de solicitud, y la posibilidad de presentar por vía telemática con la necesidad de disponer de certificado electrónico reconocido por la Comunidad de Madrid.

4.- Artículo 4.

El precepto crea el Registro de Entidades Privadas de Colaboración Urbanística de la Comunidad de Madrid, dependiente de la Secretaría General Técnica de la Consejería competente.

Se prevé que se inscribirán de oficio las entidades que hayan obtenido la homologación que regula la Orden.

Cabe realizar una observación de carácter puramente formal, pues no parece adecuada la referencia en singular a “*El Ayuntamiento*”, que se contiene en el apartado 3 del artículo 4, en tanto son múltiples los sujetos obligados a realizar la comunicación contemplada. Así resulta más correcta la siguiente redacción “*Los ayuntamientos deberán comunicar, las resoluciones (...)*”.

5.- Artículo 5.

El artículo establece que: *“Las entidades privadas colaboradoras, una vez inscritas en el Registro de Entidades Privadas de Colaboración Urbanística de la Comunidad de Madrid, deberán solicitar la pertinente autorización municipal para el ejercicio de su actividad”.*

En relación con el mismo, en el artículo anterior se establece que *“El Ayuntamiento deberá comunicar las resoluciones por las que conceda, deniegue, suspenda o extinga la autorización administrativa a la que se refiere el artículo 5, al Registro de Entidades Privadas de Colaboración Urbanística de la Comunidad de Madrid, que procederá a su inscripción”.*

En virtud de estos preceptos, nos encontramos con que la entidad colaboradora que haya sido inscrita en el Registro (inscripción que se produce de oficio), debe solicitar una expresa autorización municipal para el ejercicio de su actividad, lo que implica una nueva carga administrativa impuesta como requisito para el ejercicio de la actividad.

El Ayuntamiento de Madrid, anticipándose a la aprobación del proyecto sometido a consulta, ha aprobado la Ordenanza para la Apertura de Actividades Económicas en la Ciudad de Madrid, que ha entrado en vigor el 21 de marzo de 2014, y que regula, por lo que aquí interesa, en su Título III, el procedimiento de autorización municipal y el Registro Municipal de Entidades Colaboradoras Urbanísticas.

La imposición ha de ser objeto de un especial análisis, a la luz de la evolución normativa, que tiende a suprimir trabas innecesarias, trámites duplicados o autorizaciones prescindibles para el ejercicio por los particulares de sus actividades.

Ya desde la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, se instó a la simplificación de procedimientos y trámites aplicables

al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio (artículo 5). La propia Directiva establece que solo se podrá supeditar la actividad de servicios y su ejercicio a una autorización cuando: no comporte discriminación, la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general; el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.

La legislación nacional ha adaptado estos principios en diversas leyes; así la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio establece como principio general que el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio no estarán sujetos a un régimen de autorización (artículo 5) *“salvo excepcionalmente y siempre que concurran las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen”*: *“no discriminación”*, *“que el régimen de autorización esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente, o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos del mercado”* o afecten a la debida proporcionalidad porque no existan otras medidas menos restrictivas.

Por otra parte, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible establece, igualmente como regla general, que el ejercicio de actividades por los particulares no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo y en este sentido introdujo un artículo 84. bis en la LBRL; éste, redactado conforme la Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local establece:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo.”

No obstante, podrá exigirse una licencia u otro medio de control preventivo respecto a aquellas actividades económicas:

a) Cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

b) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado”.

Además, la LRJ-PAC establece en su artículo 39 bis.1 (redactado conforme la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) que:

“Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias”.

A la vista de la regulación expuesta, resulta discutible, que el artículo 5 de la Orden, al exigir a la entidad colaboradora, una vez inscrita, la autorización municipal para el ejercicio de su actividad, cumpla con los requisitos necesarios para su admisión.

El órgano que propone la norma, en contestación a alguna alegación en este sentido y a la consideración realizada sobre el particular por la Abogacía General en su informe, considera que dicha exigencia está justificada *“habida cuenta de la pluralidad de realidades existentes en los distintos municipios que integran la Comunidad de Madrid, debido fundamentalmente a su tamaño, así como el principio de autonomía local”*.

En primer lugar, la referencia a la autonomía local no puede tener acogida como criterio para exigir a la entidad colaboradora una autorización municipal para desarrollar su actividad, puesto que la homologación de las entidades colaboradoras es competencia de la Comunidad de Madrid y no del municipio y ello por mandato de una norma con valor de Ley, la LML. De ninguna manera se ve afectada la autonomía local con la supresión de dicha autorización, ya que como ha quedado establecido de forma clara, la competencia para homologar reside en la Comunidad de Madrid. El mantenimiento de la autorización posterior a la homologación supondría el establecimiento de un segundo filtro que se aviene mal con la finalidad liberalizadora que informa el ordenamiento jurídico.

La Memoria recoge otra razón para mantener la necesidad de la autorización municipal, con el siguiente tenor:

“En este sentido, se considera necesario que cada Ayuntamiento regule determinados aspectos en esta materia, y que posteriormente establezca el procedimiento de autorización para el ejercicio de la actividad en su ámbito territorial por parte de las entidades privadas colaboradoras”.

Esta argumentación, lejos de constituir alguna de las razones de interés general que contiene el artículo 84.bis de la LBRL o el artículo 39.bis.1 de

la LRJ-PAC, que justifique su imposición, puede añadir un motivo más de oposición a la restricción impuesta, en la medida en que implica una discriminación contraria a la finalidad de homologar justificadora de la competencia atribuida en la Ley 8/2009: *“La homologación y registro de estas entidades corresponderá a la Consejería competente (...)”*. Homologar precisamente significa *“Equiparar, poner en relación de igualdad dos cosas. Contrastar el cumplimiento de determinadas especificaciones o características de un objeto o de una acción”* (conforme a la Real Academia Española).

Para conseguir dicha finalidad, el proyecto de Orden exige la acreditación del cumplimiento de la norma internacional UNE-EN ISO/IEC 17020:2012, con la finalidad, según se desprende de la introducción de dicha norma de: *“En esta Norma Internacional se armonizan los requisitos generales que deben cumplir estos organismos para que sus servicios sean aceptados por los clientes y las autoridades de supervisión”*.

La finalidad uniformadora del sometimiento a dicho proceso de acreditación queda ratificada en el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y Seguridad Industrial, aprobado por Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, (BOE de 6 de febrero 1996), que contempla los organismos de normalización del siguiente modo: *“Los Organismos de normalización son entidades privadas sin ánimo de lucro, cuya finalidad es desarrollar en el ámbito estatal las actividades relacionadas con la elaboración de normas, mediante las cuales se unifiquen criterios respecto a determinadas materias y se posibilite la utilización de un lenguaje común en campos de actividad concretos”*.

Todo ello implica que con la homologación se produce una equiparación o uniformidad de determinadas capacidades de actuación, que el establecimiento de la analizada autorización frustraría, impidiendo la

actuación de entidades colaboradoras en determinados ámbitos municipales, a pesar de estar ya acreditadas por el órgano competente, quebrando la igualdad que la norma pretende imponer en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, al exigir unos requisitos adicionales al margen de los que determinan su capacidad de actuación que son los establecidos con carácter general en la Comunidad de Madrid (los que dispone básicamente la precitada UNE-EN ISO/IEC 17020:2012).

La anterior argumentación y el principio de mínima intervención pública que informa todo el ordenamiento jurídico, se oponen a la exigencia de actuaciones que impliquen obstáculos al ejercicio de actividades, con quiebra del principio de igualdad. El mantenimiento de una autorización posterior a haber quedado acreditado el cumplimiento de requisitos que habilitan a las entidades para el desempeño de su función de colaboración, limita de manera directa y esencial el ejercicio de su actividad. En tanto se carece del imprescindible soporte de una razón imperiosa de interés general que lo justifique, supone una limitación innecesaria y contraria a los principios establecidos en la Ley 2/2012 en cuanto reguladora de la simplificación de procedimientos, eliminación de trabas administrativas y limitaciones para el libre ejercicio de la actividad, citada expresamente en parte expositiva del proyecto de Orden, por lo que a juicio de este Consejo debe ser suprimida.

De seguirse el criterio planteado en esta consideración, debe igualmente suprimirse la referencia a la exigencia de autorización municipal contenida en la parte expositiva de la Orden.

Esta consideración tiene carácter esencial.

QUINTA.- Cuestiones formales y de técnica normativa.

En términos generales, el proyecto de Orden se ajusta a las Directrices de técnica normativa aprobadas mediante Acuerdo del Consejo de

Ministros, de 22 de julio de 2005, que resultan de aplicación ante la ausencia de norma autonómica en la materia.

No obstante sería más adecuado dividir la parte expositiva en apartados conforme establece la Directriz 15^a.

Por otra parte, en cuanto a la disposición derogatoria de la Orden, de acuerdo con la Directriz 41, las disposiciones derogatorias contendrán únicamente las cláusulas de derogación del derecho vigente, que deberán ser precisas y expresas, y por ello habrán de indicar tanto las normas o partes de ellas que se derogan como las que se mantienen en vigor. Se trata por tanto de evitar cláusulas derogatorias genéricas o de estilo, por lo que se recomienda suprimir dicha disposición derogatoria o adecuarla a lo anteriormente expuesto.

Se sugiere asimismo que se sigan las precisiones, en cuanto a uso de mayúsculas contenidas en el apéndice del citado Acuerdo sobre técnica normativa. Así debería emplearse la minúscula para la cita de la parte de una norma (la referencia a disposición adicional segunda de la Ley 8/2009 que se realiza en el artículo 6 del proyecto de orden) y para el plural de organismos (la referencia a ayuntamientos que se contiene también en el artículo 6).

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Que una vez aceptadas la consideraciones esenciales contenidas en el presente dictamen, la Orden de la Consejería de Medio Ambiente y

Ordenación del Territorio *“por la que se regulan las entidades privadas colaboradoras en el ejercicio de las funciones administrativas de verificación y control en el ámbito urbanístico”*, puede someterse a la aprobación del órgano competente bajo la fórmula *“de acuerdo con el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid”*.

V. E. no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 9 de abril de 2014

