

Dictamen n^o: **38/12**
Consulta: **Consejero de Economía y Hacienda**
Asunto: **Proyecto de Reglamento Ejecutivo**
Aprobación: **25.01.12**

DICTAMEN del Pleno del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 25 de enero de 2012 sobre la consulta formulada por el consejero de Economía y Hacienda, al amparo del artículo 13.1.c) de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, por el que se somete a dictamen el proyecto de orden por la que se regula el procedimiento para la devolución y cancelación de garantías y depósitos que se constituyan en la Caja de Depósitos de la Tesorería General de la Comunidad de Madrid y se establece su tramitación electrónica.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El consejero de Economía y Hacienda, mediante oficio de 21 de diciembre de 2011, formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo, por trámite ordinario, correspondiendo su ponencia a la Sección IV, presidida por la Excm. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso, quien 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 25 de enero de 2012.

SEGUNDO.- Según explicita el proyecto de orden en su preámbulo, la finalidad del mismo es racionalizar el procedimiento de cancelación de garantías y depósitos, contribuyendo a la consolidación del objetivo de “*papel cero*” en la tramitación del mismo, la reducción de los plazos de tramitación mediante la supresión del envío físico de la documentación

entre los distintos órganos administrativos y la simplificación y normalización de la documentación a remitir a la Tesorería General por la adopción de un modelo normalizado de acuerdo de cancelación.

El proyecto de orden consta de 12 artículos, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición final y tres anexos. El artículo 1 regula el procedimiento de cancelación y devolución de las garantías y depósitos, el artículo 2 desarrolla la cancelación y devolución de garantías y depósitos en efectivo, el artículo 3 contempla la cancelación y devolución de las garantías constituidas en valores, el artículo 4 se refiere a la cancelación y devolución de las garantías constituidas en aval y seguros de caución, el artículo 5 regula la cancelación y devolución de los depósitos, el artículo 6 se refiere a la tramitación telemática del acuerdo de cancelación y devolución de garantías y depósitos, el artículo 7 hace referencia al modelo normalizado de acuerdo de cancelación y devolución de garantía y depósito, el artículo 8 contempla la sustitución de garantías, el artículo 9 regula la vigencia de las garantías depositadas, el artículo 10 se refiere a la prescripción, el artículo 11 desarrolla la gestión telemática de certificados de garantías y depósitos, el artículo 12 prevé la consulta telemática de situación de expedientes de devolución de garantías y depósitos.

TERCERO.- Además de la norma proyectada, el expediente objeto de remisión a este Consejo Consultivo, consta de los siguientes documentos que, debidamente numerados, se consideran suficientes para la emisión del dictamen preceptivo:

1. Memoria del análisis de impacto normativo del proyecto de orden de 13 de septiembre de 2011 de la Directora General de Política Financiera, Tesorería y Patrimonio. El citado informe contiene el informe de oportunidad, la memoria económica y el informe de impacto de género.

2. Informe de la Dirección General de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano de 1 de junio de 2011 favorable al proyecto de orden.

3. Escritos de alegaciones de la Asociación Profesional del Seguro (UNESPA), Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA). Consta que se ha dado audiencia, aunque no han formulado alegaciones la Asociación Española de Banca, UGT-Madrid, Confederación Empresarial de Madrid, Consejo General de Notariado, y Comisiones Obreras-Madrid.

4. Informe de la Dirección General de Presupuestos y Recursos Humanos de la Consejería de Economía y Hacienda, de 14 de junio de 2011.

5. Informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía y Hacienda.

6. Informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Economía y Hacienda de 15 de julio de 2011.

7. Informe del Secretario General Técnico de la Consejería de Economía y Hacienda de 21 de diciembre de 2011.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.c) de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC. En idénticos términos el artículo 13.1.c) Decreto 26/2008,

de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en lo sucesivo “RCC”.

El proyecto de orden que pretende aprobarse se dicta en ejecución de una Ley, por lo que corresponde al Pleno del Consejo Consultivo dictaminar sobre el mismo (*vid.* Art. 13.2 LRCC y 13.2 RCC). El artículo 109.5 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, en adelante, “L.H.C.M.”, establece que la Tesorería de la Comunidad de Madrid “*ejercerá como Caja de Depósitos y Fianzas para la Comunidad de Madrid. A tal efecto el Consejero de Hacienda dictará las instrucciones necesarias para su funcionamiento y en especial en cuanto a la centralización de los depósitos efectuados ante los Organismos Autónomos y Empresas Públicas de la Comunidad de Madrid.*”.

Como apunta la STC 18/1982, de 4 de mayo, son reglamentos ejecutivos «*aquéllos 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”*». Todo ello con independencia de que adopten forma de decreto o de orden a los efectos de la procedencia del dictamen del órgano consultivo correspondiente.

También el Tribunal Supremo, en Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4^a) de 15 de julio de 1996, se ha pronunciado sobre el particular, al tratar de la preceptividad de la consulta al Consejo de Estado, sirviendo dichos argumentos *mutatis mutandis*, también para nuestro Consejo Consultivo:

De esta misma doctrina se hacen eco otras sentencias posteriores de nuestro Alto Tribunal, como las de 25 de mayo de 2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) y de 11 de junio de 2008 (de la misma Sala, Sección 5ª).

En cuanto al ámbito del dictamen, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 2 de la LRCC y del RCC, se debe velar por la observancia de la Constitución Española, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid y del resto del ordenamiento jurídico. En particular, atendiendo a que nos encontramos ante un proyecto de orden que desarrolla una norma legal, debe analizarse la adecuación a la Ley y el respeto al principio de jerarquía normativa, para de este modo, evitar mediante este control previo de legalidad, que la norma proyectada pueda quedar incurso en alguno de los vicios de nulidad de pleno derecho expresados en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en adelante “*LRJ-PAC*”.

Habiendo sido evacuado el dictamen dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- Habilitación legal y competencial.

La competencia de la Comunidad de Madrid constituye el primer y esencial presupuesto de validez de cualquier clase de disposición proyectada, ora sea de rango legal, ora lo sea reglamentaria. El artículo 51 del Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de acuerdo con lo previsto en el artículo 156 CE, proclama la autonomía financiera de la Comunidad de Madrid. La Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid regula en su Título V, artículos 104 a 112, la Tesorería de la Comunidad de Madrid. Como ya se ha expuesto, el artículo 109.5, la Tesorería de la Comunidad de Madrid “*ejercerá como Caja de Depósitos y Fianzas para*

la Comunidad de Madrid. A tal efecto el Consejero de Hacienda dictará las instrucciones necesarias para su funcionamiento y en especial en cuanto a la centralización de los depósitos efectuados ante los Organismos Autónomos y Empresas Públicas de la Comunidad de Madrid.”.

Es indubitada la necesidad de habilitación para dictar reglamentos de desarrollo de las normas, salvo en el caso de que se trate de reglamentos independientes de carácter organizativo, incluyéndose dentro de esta categoría las relaciones de sujeción especial derivadas de tal organización. En este sentido resume la doctrina en la materia, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1999, (recurso 686/1997), cuando expone que, *«La potestad para dictar Reglamentos ejecutivos corresponde, de modo exclusivo, al Gobierno, no a los Ministros. Estos pueden dictar Reglamentos independientes “ad intra”, esto es, con fines puramente organizativos o respecto de relaciones de sujeción especial, entendiéndose que entran dentro de esta categoría las que sólo alcanzan a regular las relaciones con los administrados en la medida en que ello es instrumentalmente necesario para integrarlos en la organización administrativa por existir entre aquella y éstos específicas relaciones de superioridad, pero sin que estos reglamentos puedan afectar a derechos y obligaciones de los citados administrados en aspectos básicos o de carácter general».*

Cabría plantearse si dicha habilitación puede atribuirse *ex lege*, de forma directa a los Consejeros a la luz de lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, cuando reside en ellos la potestad reglamentaria para dictar disposiciones en el ejercicio de su competencia.

Se puede afirmar a la luz de la jurisprudencia que esta genérica remisión en blanco a la regulación de cualquier materia atribuida a la

competencia de los Consejeros, no implica la potestad de dictar reglamentos generales de desarrollo y ejecución de las Leyes.

Esta conclusión responde a lo establecido por el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 30 de diciembre de 2004, RJ 2005\89, dictada en el conocido caso de la empresa A, cuando en su fundamento de derecho 9º declara que *«La competencia reglamentaria de los Ministros, (asimilable a la de los Consejeros en las Comunidades Autónomas), si bien comprendida asimismo en la previsión constitucional del artículo 97 de la Norma Suprema (RCL 1978, 2836), queda restringida según el artículo 4.1.b) de la propia Ley 50/1997, a “las materias propias de su Departamento”. Y aunque esta referencia no haya de interpretarse exclusivamente referida a los aspectos internos de carácter organizativo, sino que abarca también el ámbito de su competencia material, en ningún caso puede comprender la potestad de dictar reglamentos generales de desarrollo y ejecución de las Leyes, aunque sea en materias que puedan calificarse como competencias propias de su departamento».*

Ésta ha sido, por lo demás, la interpretación tradicional del ámbito respectivo de la potestad reglamentaria del Gobierno y de los Ministros, - como decimos trasladable a los Consejeros de Comunidades Autónomas-, y así lo ha interpretado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones. Valgan por todas las referencias a las Sentencias de 12 de julio de 1982, RJ 1982, 4740, 24 de enero de 1990, RJ 1990, 408, y 17 de febrero de 1998, RJ 1998, 1596.

El artículo 109.5 L.H.C.M. habilita al Consejero de Hacienda para dictar las instrucciones necesarias para el funcionamiento de la Caja de Depósitos y Fianzas y centralización de los depósitos efectuados ante los Organismos Autónomos y Empresas Públicas de la Comunidad de Madrid.

Este Consejo Consultivo considera que algunos de los preceptos que integran el proyecto de orden exceden del concepto de instrucciones de funcionamiento y afectan al derecho de los administrados y, por tanto, no pueden ser objeto de desarrollo mediante Orden del Consejero sino que habrán de ser dictados mediante Decreto del Consejo de Gobierno. Esta consideración tiene carácter esencial.

Según resulta de la parte expositiva del proyecto de orden, la Caja General de Depósitos de la Comunidad de Madrid se rige por el Real Decreto 161/1997, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos del Estado, y la Orden de 7 de enero de 2000, del Ministerio de Economía y Hacienda, modificada por Orden ECO 2/120/2002, de 2 de agosto, dictada en virtud de la habilitación normativa otorgada por la disposición final única del R.D. 161/1997 que dice:

“1. Se habilita al Ministro de Economía y Hacienda a desarrollar lo dispuesto en el presente Real Decreto.

2. En particular, el Ministro de Economía y Hacienda, en el marco del Real Decreto 324/1986, de 10 de febrero, por el que se implanta en la Administración del Estado un nuevo sistema de información contable y se reestructura la función de ordenación de pagos, establecerá las instrucciones contables que sirvan de base a la constitución y cancelación de garantías y depósitos en efectivo, a la incautación de cualesquiera de las modalidades de garantía previstas en el Reglamento que aprueba este Real Decreto y a la prescripción de los depósitos constituidos conforme al mismo, realizando las adaptaciones que resulten necesarias al Plan General de Contabilidad Pública, aprobado por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 6 de mayo de 1994”.

Esta normativa, lógicamente, no resulta derogada por el proyecto de orden sino que, de acuerdo con la disposición adicional única, “en todo lo

no regulado expresamente en esta Orden se aplicará lo dispuesto en la Orden de 7 de enero de 2000, del Ministerio de Economía y Hacienda, que desarrolla el Decreto 161/1997, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos”.

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

El procedimiento de elaboración de disposiciones generales se contiene, en sus líneas generales, en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno, en adelante “*Ley del Gobierno*”, que resulta de aplicación supletoria a tenor de lo dispuesto en el artículo 33 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid y en la Disposición Final Segunda de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid.

Según lo previsto en el artículo 24.1.a) de la Ley del Gobierno “*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 Dirección General de Política Financiera, Tesorería y Patrimonio, órgano competente dentro de la estructura de la Consejería de Economía y Hacienda de acuerdo con el artículo 20.1.e) y h) del Decreto 25/2009, de 18 de marzo, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Economía y Hacienda.

En cumplimiento de lo establecido en el transcrito artículo 24.1.a) de la Ley del Gobierno se han incorporado al expediente una memoria sobre la

necesidad y oportunidad de la Orden, así como memoria económica, en la que se concluye que la entrada en vigor de la Orden no supone un incremento del gasto previsto en los Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid, ni afecta a la estimación de los ingresos previstos en dichos Presupuestos.

Dispone el artículo 24.1.b) de la Ley del Gobierno que *“a lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previos preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto”*.

A tal efecto, de acuerdo con 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, el proyecto debe someterse a informe de los Servicios jurídicos de la Comunidad de Madrid, puesto que se trata de un reglamento de naturaleza ejecutiva, y consta que se ha cumplimentado mediante informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Economía y Hacienda de 15 de julio de 2011.

Igualmente, se ha cumplido con la solicitud de informe de la Dirección General de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano, ya que el proyecto de Orden regula nuevos procedimientos administrativos, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.g) del 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 en la Comunidad de Madrid. La emisión de dicho informe tuvo lugar el 1 de junio de 2011.

El párrafo segundo del artículo 24.1.b) de la Ley del Gobierno, después de la reforma operada por la Ley 30/2003, de 13 de octubre, dispone que *“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”. En pretendido cumplimiento de la meritada prescripción se incorpora a la memoria del análisis de impacto normativo el informe de impacto por razón de género, en la que se constata que de la nueva regulación no se deriva ningún impacto en este sentido.

Por lo que se refiere al cumplimiento del trámite de audiencia e información pública, el artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno, 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 y no inferior a quince 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”*.

En el presente caso, han mostrado su conformidad al proyecto de orden la Asociación Profesional del Seguro (UNESPA) y la Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA). Consta que se ha dado audiencia, aunque no han formulado alegaciones la Asociación Española de Banca, UGT-Madrid, Confederación Empresarial de Madrid, Consejo General del Notariado, y Comisiones Obreras-Madrid.

Por último, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Ley del Gobierno, el proyecto de Orden ha sido informado por la Secretaria General Técnica de la Consejería de Economía y Hacienda, mediante informe de fecha 21 de diciembre de 2011.

Como se ha señalado en la consideración jurídica anterior, la competencia para aprobar el proyecto de orden corresponde al Consejo de Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.g) de la Ley

1/1983, de 13 de diciembre, y adoptará la forma de Decreto del Consejo de Gobierno, al tratarse de una disposición de carácter general que excede del concepto de instrucciones necesarias para el funcionamiento de la Caja de Depósitos y Fianzas y afectar a los derechos de los administrados. Esta consideración es de carácter esencial.

CUARTA.- Cuestiones materiales.

I. El examen del contenido de la norma proyectada permite afirmar que se excede de la finalidad pretendida con la norma. De acuerdo con el preámbulo del proyecto de orden, se pretende conseguir la racionalización del procedimiento de cancelación de garantías y depósitos, *«contribuyendo a la consolidación del objetivo de “Papel Cero” en la tramitación del mismo»*; una reducción de los plazos de tramitación mediante la supresión del envío de la documentación entre los distintos órganos administrativos y la simplificación y normalización de la documentación a remitir a la Tesorería General mediante el establecimiento de un *“modelo normalizado de acuerdo de cancelación que recoja los aspectos esenciales del expediente”*. No obstante, los artículos que propiamente se centran en estos objetivos son los artículos 1, 6, 7 y 12. Los demás exceden de estos fines y no encajan, propiamente, en el concepto de instrucciones internas para el funcionamiento de la Caja de Depósitos y Fianzas. Esta consideración tiene carácter esencial.

II. Las referencias que los artículos 2, 3, 4 y 5 contienen a que las comunicaciones se realizarán, preferentemente, por vía electrónica, resultan obvias, pues, a la Administración de la Comunidad de Madrid y, por tanto, a la Caja General de Depósitos le es aplicable la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos cuyos artículos 27 y 28 regulan, respectivamente, las comunicaciones electrónicas y la práctica de las notificaciones

electrónicas. Además, resulta más exacto utilizar el término “*notificación*” que el empleado por la norma proyectada “*comunicación*”.

III. El artículo 1, bajo la rúbrica de “*procedimiento de cancelación y devolución de las garantías y depósitos*” prevé que el procedimiento de cancelación y devolución de las garantías y depósitos se inicie de oficio o a instancia de interesado, indica quiénes están legitimados para iniciar el procedimiento y determina cuál es el órgano competente para acordar la cancelación y devolución de la garantía o depósito. Así, el precepto señala que es el órgano, organismo, ente o empresa pública a cuya disposición se constituyó la garantía o depósito el competente para acordar la cancelación y devolución de la garantía o depósito.

Se observa en el texto de la norma proyectada una confusión entre los términos cancelación y devolución de la garantía o depósito e, incluso, del órgano competente para acordarla. Así, el órgano competente para acordar la cancelación de una garantía será aquél a cuyo favor se hubiese constituido la garantía, una vez comprobado el cumplimiento de la obligación garantizada. Acordada la cancelación de la garantía, procede su devolución. El órgano competente para acordar dicha devolución es aquel que la tiene en su poder y tiene obligación de restituirla, que, en el caso de la Comunidad de Madrid, será la Caja de Depósitos y Fianzas. Prueba de esta confusión de términos es este artículo 1 que después de señalar en su párrafo 1 que el órgano competente para acordar la cancelación y devolución de la garantía o depósito es aquel a cuya disposición se constituyó la garantía o depósito, establece en el párrafo 3 que remitido a la Caja de Depósitos el acuerdo cancelación y devolución se procederá “*sin más trámite a la cancelación de la garantía y a su devolución a quien corresponda*”. Esta consideración tiene carácter esencial.

IV. El apartado 4 del artículo 1 pretende regular, no tanto la cancelación y devolución de la garantía como la constitución de la misma,

exigiendo que tanto el constituyente de la garantía como el perceptor, estén dados de alta en un sistema informático de la Comunidad de Madrid. Por tanto, el precepto excede de la finalidad de la norma proyectada, que regula el procedimiento de cancelación y devolución de garantías y depósitos.

No parece oportuno que en una norma y como tal, una disposición general, contenga referencias a programas informáticos que pueden ser sustituidos y que determinarían la necesidad de modificación de la norma.

V. Los artículos 2, 3 y 4 regulan las especialidades para cada una de las modalidades de garantías que pueden constituirse ante la Caja de Depósitos y Fianzas y que, ante la falta de regulación específica de la Comunidad de Madrid, son las previstas en el artículo 3 del R.D. 161/1997: efectivo; valores representados en anotaciones en cuenta participaciones en fondos de inversión, representadas por certificados nominativos; avales prestados por entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca y seguros de caución otorgados por entidades aseguradoras. Todos ellos hacen referencia a la expresión “cancelación y devolución de garantías”, cuando en realidad regulan el procedimiento de devolución. Sería, por tanto, más apropiado utilizar únicamente el término devolución, expresión que, además, es la utilizada en el modelo normalizado que figura en los anexos y que se denomina “Orden de devolución”.

VI. El artículo 2 después de señalar que la devolución de las garantías en efectivo se ejecutará con arreglo a la normativa reguladora del pago de obligaciones de la Comunidad de Madrid, dispone que “se hará efectivo mediante transferencia bancaria a la cuenta que el garantizado o sus causahabientes tengan registrada en el Subsistema de Terceros integrado en el Sistema de Información Económico-Financiera de la Comunidad de Madrid”. Debe tenerse en cuenta que la garantía en efectivo, de

acuerdo con el artículo 7 del R.D. 161/1997 puede haberse constituido mediante ingreso en la Caja del efectivo, cheque nominativo a favor de la Tesorería General de la Comunidad de Madrid o cualquier otro medio autorizado por la Orden de 18 de febrero de 2005, de la Consejería de Hacienda, por la que se regulan los medios de pago en la gestión de la Tesorería General de la Comunidad de Madrid. Por tanto, no siempre constará una cuenta y, más aún, registrada en el programa informático de la Comunidad de Madrid. En este sentido, el artículo 7 del R.D. 161/1997 y la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de enero de 2000, aplicables en defecto de regulación específica de la Comunidad de Madrid sobre la constitución de garantías en efectivo, no exigen entre los datos que deben figurar en el resguardo de constitución con carácter obligatorio la existencia de una cuenta a nombre del constituyente de la garantía. Así, el citado precepto dispone que en el resguardo de constitución constarán: *“a) Los datos identificativos de la persona o entidad que constituye la garantía, incluido el número de identificación fiscal y, en su caso, del titular de los fondos o de la cuenta de procedencia de éstos”*.

Además, el artículo 2 del proyecto de orden señala que la transferencia se realizará a favor de *“la cuenta que el garantizado o sus causahabientes tengan registrada”*. Los modelos aprobados por la Orden Ministerial de 7 de enero de 2000 y modificados por la Orden ECO 2/120/2002, de 2 de agosto de 2002, asimilan el concepto de constituyente o garantizado, para distinguir el supuesto de garantía constituida por un tercero, admitida en el propio R.D. 161/1997 en su artículo 7.2 al señalar que constarán en la constitución de la garantía *“los datos identificativos de la persona o entidad que constituye la garantía, y, en su caso, del titular de los fondos o de la cuenta de procedencia de éstos”*. En estos casos de garantía constituida con dinero de un tercero, es a éste al que le corresponde recibir la devolución de su importe. Por ello, es más correcta la expresión

utilizada en el R.D. 161/1997, o en la Orden Ministerial que, tras la modificación operada por la Orden del Ministerio de Economía de 2 de agosto de 2002 queda redactada de la manera siguiente: *“El pago se efectuará al constituyente o garantizado o a sus causahabientes, salvo que el titular de los fondos fuese persona distinta, en cuyo supuesto se hará la devolución a éste o a sus causahabientes o, en su caso, a la cuenta de procedencia de los fondos”*. En consecuencia, la devolución deberá realizarse a favor de la persona que conste como titular de los fondos. Esta observación tiene carácter esencial.

VII. El artículo 3 regula la cancelación y devolución de garantías constituidas en valores y establece que, transcurrido un mes desde la comunicación al titular de los valores y al constituyente o garantizado, si fuesen distintos, sin que hayan procedido a la retirada del documento original de la garantía se iniciará un procedimiento para efectuar su entrega a la entidad a través de la cual se hubiera realizado la inmovilización de los valores o inscripción de la prenda. En el apartado segundo de este precepto, debería determinarse el *dies a quo* del plazo de un mes para la iniciar el procedimiento de entrega del documento original de la garantía a la entidad gestora porque, al tenerse que realizar la notificación al titular de los valores y al constituyente de la garantía o garantizado, puede que no coincida la fecha en que se efectúa dicha notificación.

VIII. El artículo 4, relativo a las garantías constituidas mediante aval y seguro de caución, dispone que la Caja de Depósitos debe comunicar al garantizado (avalado o asegurado) que puede proceder a retirar el documento original de la garantía y si, transcurrido un mes, no lo hiciera, se iniciará el procedimiento para hacer la entrega a la entidad avalista o aseguradora según la modalidad de garantía utilizada. No se comprende por qué la entidad avalista o la aseguradora que, de acuerdo con el artículo 1 de la norma proyectada, están legitimadas para el inicio del

procedimiento de cancelación y devolución de las garantías, no pueden solicitar la retirada del documento original de la garantía y han de esperar a que sea el garantizado el que proceda a la retirada del documento o que, transcurrido un mes desde la comunicación al garantizado, inicie la Administración el procedimiento de devolución, a diferencia de lo establecido en el R.D. 161/1997, que reconoce el derecho a solicitar la devolución del documento al obligado a prestar la garantía o a la entidad avalista.

IX. Los artículos 6 y 7, regulan la tramitación telemática del acuerdo de cancelación y devolución de garantías y depósitos y el modelo normalizado del acuerdo de cancelación y devolución de garantías y depósitos. Desde el punto de vista sistemático, parece más correcta su ubicación tras el artículo 1, relativo al procedimiento de cancelación de las garantías y depósitos. Así, el artículo 6 dispone que, a partir de la entrada en vigor de la norma proyectada, la tramitación y firma por los centros gestores y la posterior comunicación a la Caja de Depósitos se realizará telemáticamente. Sobran, como ya se advirtió anteriormente, las referencias a programas y aplicaciones informáticas.

X. En el artículo 7.1, al referirse a los modelos normalizados de acuerdos de cancelación y devolución, debería eliminarse en el Anexo III el término “cancelación” porque la garantía no se cancela, sino que se sustituye y por eso se devuelve. Además, el nombre de los anexos que figura en este artículo no corresponde con el que después figura en los anexos que se denominan: Anexo I, modelo de orden de devolución; Anexo II, modelo de orden de devolución y Anexo III, modelo de orden de devolución por sustitución.

El párrafo segundo del artículo 7 podría incluirse tras el párrafo segundo del artículo 1, toda vez que este último precepto no hace ninguna referencia a la notificación de la resolución del procedimiento de

cancelación y devolución a los interesados. Notificación que debe realizarse con anterioridad a la comunicación del acuerdo de cancelación y devolución a la Caja de Depósitos. Además, en cuanto que el artículo 1 permite el inicio del procedimiento a solicitud del avalista y del asegurador habrá de notificarse también a estos interesados la resolución que se adopte.

XI. El artículo 8 excede de la finalidad del proyecto de orden en cuanto que hace referencia a la sustitución de las garantías que no se cancelan porque continúan vigentes. Lógicamente, las garantías sustituidas habrán de ser devueltas, una vez autorizada la sustitución y acreditada ante el órgano administrativo, organismo, ente o empresa pública a cuya disposición se constituyó la garantía. El párrafo tercero debería suprimirse porque es reiteración del segundo que, además, es más completo porque no solo es suficiente la autorización de la sustitución sino, también, la acreditación de la constitución de la nueva garantía.

Además, en cuanto contempla la constitución de nuevas garantías pone de manifiesto la falta de regulación de esta materia por la Comunidad de Madrid y, por tanto, la aplicación supletoria de lo previsto en el R.D. 161/1997.

XII. Para evitar la confusión entre garantías y depósitos, debería modificarse en el artículo 9 el título y decir *“vigencia de las garantías constituidas en la Caja de Depósitos”*.

XIII. El artículo 10 del proyecto de orden, con el título de *“prescripción”* se destina a regular la prescripción en el caso de las garantías constitutivas en efectivo y de los depósitos. Este Consejo Consultivo considera que sería más correcto hablar de extinción o caducidad del derecho a la devolución del importe de las garantías y depósitos. Ciertamente, no se alcanza a comprender cómo podrán prescribir las garantías constituidas en efectivo cuando el artículo 2

determina que el pago de la devolución *“se hará efectivo mediante transferencia bancaria a cuenta...”*, sin que se exija -a diferencia de los artículos 3 y 4- ningún acto de gestión de propiedad. Además, para la necesaria claridad conceptual y en evitación de problemas de interpretación, el apartado 1 del artículo 10 debería sustituir la expresión *“se declararán prescritas las garantías constituidas en efectivo en la Caja”*, por la expresión *“se declarará prescrito el derecho a la devolución de la garantía constituida en efectivo en la Caja”*, toda vez que no son las garantías ni depósitos las que prescriben sino los derechos a reclamar y percibir su importe, una vez acordada la cancelación y devolución de la garantía o la devolución del depósito, de acuerdo con el artículo 42.1.b) L.H.C.M.

Teniendo en cuenta que la notificación del acuerdo de cancelación y devolución de los depósitos en efectivo habrá de hacerse al titular y al beneficiario de los mismos (ex artículo 7.2), deberá añadirse que *“el plazo de prescripción comenzará a computarse desde la fecha de la notificación del acuerdo de devolución al titular de los fondos o perceptor de la devolución”*.

Tampoco resulta comprensible el párrafo segundo, que hace referencia a las garantías que se constituyan sobre las que no conste acuerdo de cancelación y devolución, lo cual resulta contrario a lo establecido en el artículo anterior que obliga al centro gestor correspondiente a acordar la cancelación y devolución cuando no estuviera vigente la obligación garantizada. Finalmente, el artículo 10.2 se remite a la normativa de bienes y valores abandonados prevista en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, cuyo artículo 18 dictado al amparo del artículo 149.1.8 de la Constitución, y por tanto, de aplicación general, *“sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan”* dispone: *“1. Corresponden a la Administración General del Estado los valores,*

dinero y demás bienes muebles depositados en la Caja General de Depósitos y en entidades de crédito, sociedades o agencias de valores o cualesquiera otras entidades financieras, así como los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro u otros instrumentos similares abiertos en estos establecimientos, respecto de los cuales no se haya practicado gestión alguna por los interesados que implique el ejercicio de su derecho de propiedad en el plazo de 20 años”.

No existe en la Comunidad de Madrid, a diferencia de otras Comunidades Autónomas como la Región de Murcia o la Comunidad Foral de Navarra, una ley que atribuya a la Comunidad Autónoma la titularidad de los depósitos constituidos en la Caja respecto de los que no se haya practicado gestión alguna por los interesados encaminada al ejercicio de su derecho de propiedad en el plazo de veinte años.

El artículo 96 L.H.C.M. previene, en relación con los empréstitos: *“1. Los capitales de los Empréstitos prescribirán cuando transcurran veinte años sin percibir sus intereses, ni realizar sus titulares acto alguno que suponga o implique el ejercicio de su derecho ante la Administración de la Hacienda de la Comunidad”.*

No hace, en cambio, ninguna referencia a la prescripción de depósitos abandonados que, en cualquier caso, habrá de estar prevista por una ley.

Además, tanto en la normativa estatal como en la legislación de otras Comunidades Autónomas, se hace referencia a la posibilidad de adquisición de los depósitos abandonados pero no las garantías constituidas en efectivo.

En cualquier caso, no parece apropiado que por medio de una Orden de un Consejero, cuya finalidad es regular los procedimientos de cancelación y devolución de las garantías y depósitos constituidos en la Caja de

Depósitos, pueda atribuirse a la Comunidad de Madrid la titularidad de dichos depósitos abandonados. Esta consideración es esencial.

XIV. El artículo 11 tampoco está comprendido dentro del título ni de la finalidad de la norma, toda vez que no se hace referencia a la cancelación y devolución de las garantías.

XV. En cuanto a la disposición transitoria única, también debería mejorarse su redacción, en cuanto que señala dos términos o plazos para admitir la validez de los acuerdos de cancelación remitidos en soporte documental para aquellos centros gestores que en la fecha de entrada en vigor de la norma proyectada no hayan implantado los sistemas informáticos previstos. Uno incierto: *“hasta el momento efectivo de su implantación”* y otro cierto, *“en todo caso, hasta transcurrido un mes desde la entrada en vigor de la presente Orden”*. Con la actual redacción deben considerarse que no tendrían validez los acuerdos de cancelación remitidos en soporte documental por falta de implantación de los sistemas informáticos transcurrido un mes desde la entrada en vigor de la Orden.

XVI. Por último, en relación con los Anexos, pese a que en el texto del proyecto se hace referencia continuamente al acuerdo de cancelación y devolución, los anexos que aprueban los modelos normalizados se refiere a *“Modelo de Orden de devolución”*.

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 si bien se refieren a anteproyectos de ley, proyectos de real decreto legislativo, de real decreto-ley y de real decreto, y, por tanto, no a proyectos de orden, se propone su observancia. No obstante, cabe efectuar algunas observaciones en este ámbito.

Todas las referencias a la Caja de Depósitos deben entenderse hechas a la Caja de Depósitos y Fianzas para la Comunidad de Madrid, como se denomina en el artículo 109 L.H.C.M.

En el artículo 7.1, debería colocarse una coma tras la palabra Anexos y distinguir los tres modelos que se anexan: Anexo I, cancelación y devolución de garantías, Anexo II, cancelación y devolución de depósitos y Anexo III, cancelación y devolución por sustitución.

En el artículo 12, en vez de decir: “*se habilita la posibilidad de consultar en tiempo real de la situación del expediente...*”, se debe suprimir el “*de*” y quedar así: “*se habilita la posibilidad de consultar en tiempo real la situación del expediente...*”.

Siempre que en el texto se cite a la orden (v. gr. “*la presente orden, esta orden, la orden*”), deberá escribirse la inicial con minúscula, de acuerdo con lo dispuesto en las Directrices de técnica normativa.

Finalmente, el nombre de los anexos que figura en este artículo no corresponde con el que después figura en los anexos que se denominan: Anexo I, modelo de orden de devolución; Anexo II, modelo de orden de devolución y Anexo III, modelo de orden de devolución por sustitución.

En mérito a cuanto antecede el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Gran parte del contenido de la norma proyectada excede de la finalidad recogida en su parte expositiva, consistente en el objetivo

de “*Papel Cero*”. En concreto, solo los artículos 6, 7, 11 y 12 responden a esa finalidad.

SEGUNDA.- Por su parte, los artículos 1.1, 2, 3, 4, 5, 8, 9, 10, 11 y 12 exceden del concepto de instrucciones de funcionamiento. Por tanto, no pueden ser desarrollados por una Orden del Consejero y habrán de ser aprobados por Decreto del Consejo de Gobierno.

TERCERA.- Una vez aceptadas las anteriores conclusiones y las observaciones esenciales contenidas en el cuerpo de este dictamen, la disposición puede someterse a la aprobación del Consejo de Gobierno, 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, 25 de enero de 2012