

Dictamen nº: **103/18**
Consulta: **Consejera de Transportes, Vivienda e
Infraestructuras**
Asunto: **Proyecto de Reglamento Ejecutivo**
Aprobación: **01.03.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 1 de marzo de 2018 sobre la consulta formulada por la consejera de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, al amparo del artículo 5.3. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, por la que se somete a dictamen el proyecto de Decreto del Consejo de Gobierno por el que se suprime la cédula de habitabilidad en el ámbito de la Comunidad de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La consejera de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, con fecha 10 de enero de 2018 y con entrada en esta Comisión Jurídica Asesora el día 17 del mismo mes y año, formula preceptiva consulta correspondiendo su ponencia por reparto de asuntos al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberada y aprobada, por unanimidad, en la reunión del Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora, en su sesión de 1 de marzo de 2018.

SEGUNDO.- Contenido del proyecto de decreto.

El proyecto normativo sometido a Dictamen tiene como objetivo la supresión de la cédula de habitabilidad en la Comunidad de Madrid.

Consta de una parte expositiva en la que expone la competencia de la Comunidad de Madrid en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda al amparo del artículo 26.1.4 del Estatuto de Autonomía.

Considera que la regulación de la cédula de habitabilidad regulada en la Orden de 29 de febrero de 1944 del Ministerio de la Gobernación y en el Decreto 469/1972, de 24 de febrero, del Ministerio de la Vivienda, en sus aspectos procedimentales, plantea numerosos problemas derivados de su desfase con la realidad actual, tanto normativa como de modelos habitacionales.

Afirma que se ha descartado que el legislador madrileño regule las condiciones mínimas de habitabilidad al considerar que podría implicar una invasión de competencias municipales y una duplicidad de controles administrativos habida cuenta de la existencia de la licencia de primera ocupación que es necesaria tanto para la contratación de los suministros de agua, luz y electricidad como para las viviendas de uso turístico conforme el Decreto 79/2014, de 10 de julio.

De esta forma considera necesario, por razones de seguridad jurídica y por los principios constitucionales de eficacia y *“descentralización en la gestión pública”*, abordar la regulación de esta materia con la finalidad de establecer un *“marco jurídico estable, claro e integrado”*.

Por ello y considerando que existe un cuerpo legislativo suficiente en el orden urbanístico y sanitario en todo lo relativo a la edificación y vivienda se considera adecuado suprimir la cédula de habitabilidad.

De esta forma el control de las condiciones de habitabilidad se realizará mediante las licencias de obra como control previo sobre el proyecto y en la licencia de primera ocupación respecto de la obra ejecutada “(...) *lo que redundará en el principio de proporcionalidad, al quedar reducida la regulación de las condiciones de la habitabilidad en la Comunidad de Madrid al mínimo imprescindible.*”

En la parte dispositiva, el proyecto consta de un artículo único, una disposición transitoria y otra final.

TERCERO.- Contenido del expediente remitido

El expediente administrativo remitido a esta Comisión consta de los siguientes documentos.

Documento 1. Resolución del director general de Vivienda y Rehabilitación de 26 de junio de 2017 acordando la apertura del trámite de consulta pública.

Documento 2. Memoria para el trámite de consulta pública.

Documento 3. Proyecto de decreto sometido a trámite de audiencia e información pública.

Documento 4. Memoria de Análisis de Impacto Normativo sometida a trámite de audiencia e información pública fechada el 10 de agosto de 2017.

Documento 5. Resolución de 11 de agosto de 2017 del secretario general técnico de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras de apertura del trámite de audiencia e información pública publicado en el Portal de Transparencia.

Documento 6. Alegaciones del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid (COAM) con fecha 8 de septiembre de 2017.

Documento 7. Observaciones de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno de fecha 24 de agosto de 2017.

Documento 8. Observaciones de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda con fecha 12 de septiembre de 2017.

Documento 9. Observaciones de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte con fecha 21 de agosto de 2017.

Documento 10. Observaciones de la Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio de 24 de agosto de 2017.

Documento 11. Observaciones de la Consejería de Sanidad de 28 de agosto de 2017.

Documento 12. Observaciones de la Consejería de Políticas Sociales y Familia con fecha 31 de agosto de 2017.

Documento 13. Informe de la Dirección General de Presupuestos y Recursos Humanos de 19 de septiembre de 2017.

Documento 14. Informe de la Dirección General de Tributos con fecha 7 de septiembre de 2017.

Documento 15. Informe de 17 de agosto de 2017 de la Dirección General de la Mujer sobre impacto por razón de género.

Documento 16. Informe de la Dirección General de la Familia y el Menor de 21 de agosto de 2017 sobre el impacto en la familia, la infancia y la adolescencia.

Documento 17. Certificado del acuerdo favorable al proyecto de decreto adoptado por el Consejo de Consumo en su sesión de 11 de octubre de 2017.

Documento 18. Informe de 24 de agosto de 2017 de la Dirección General de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano.

Documento 19. Informe de la Dirección General de Servicios Sociales e Integración Social de 14 de agosto de 2017 sobre impacto por razón de orientación sexual e identidad y expresión de género.

Documento 20. Informe de examen y valoración de la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación de las observaciones realizadas fechado el 16 de noviembre de 2017.

Documento 21. Proyecto de decreto sometido a informe del Servicio Jurídico.

Documento 22. Memoria del Análisis de Impacto Normativo sometida a informe del Servicio Jurídico fechada el 16 de noviembre de 2017.

Documento 23. Informe de 20 de noviembre de 2017 de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras.

Documento 24. Informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid fechado el 1 de diciembre de 2017.

Documento 25. Contestación de 22 de diciembre de 2017 de la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación al informe de la Abogacía General.

Documento 26. Proyecto de Decreto tras informe de la Abogacía General.

Documento 27. Informe elevado el 10 de enero de 2018 al Consejo de Gobierno sobre la solicitud de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.c) de la Ley 7/2015 de 28 de diciembre, que dispone: “*la Comisión Jurídica Asesora 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*”, y a solicitud de la consejera de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, órgano legitimado para ello según el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

Al no haberse remitido a esta Comisión las alegaciones formuladas en el trámite de consulta pública por escrito del secretario de la Comisión de 23 de enero de 2018 se solicitó su remisión con suspensión del plazo para emitir dictamen. Con fecha 26 de enero de 2018 se remitieron dichas alegaciones.

SEGUNDA.- Habilitación legal y competencial.

Tal y como viene destacando esta Comisión (dictámenes 51/16, de 28 de abril, 423/16, de 22 de septiembre, 486/16, de 27 de octubre y 305/17, de 20 de julio) la Constitución española establece en su artículo 47, como un principio rector de la política económica y social, el que:

“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.”

Esta configuración como principio rector de la política económica y social determina que, aunque un sector doctrinal abogue por entender el derecho a la vivienda como un verdadero derecho subjetivo y, de hecho, haya sido incorporado en las cartas de derechos de algunos Estatutos de Autonomía, el Tribunal Constitucional haya entendido que estamos en realidad ante un mandato a los poderes públicos, un marco de referencia para el desarrollo normativo, así las STC 152/1988 de 17 de marzo y 93/2015, de 14 de mayo.

La materia de vivienda se contempla igualmente en el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el que el artículo 148.1.3^a de la Constitución permite que las Comunidades Autónomas asuman competencias en este campo. Así lo hizo la Comunidad de Madrid al asumir la materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda con carácter exclusivo en el artículo 26.1.1.4 del Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero.

Sobre la base de esta previsión estatutaria, su traspaso a la Comunidad de Madrid se llevó a cabo mediante el Real Decreto 1115/1984, de 6 de junio, de traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de patrimonio arquitectónico, control de calidad de edificación y vivienda, en concreto, en el anexo I B entre las Funciones del Estado que asume la Comunidad Autónoma se recoge:

“a) Elaboración de la normativa propia en materia de vivienda e inspección del cumplimiento de la normativa estatal y autonómica, así como la tramitación y resolución de expedientes administrativos derivados de su infracción. (...)

e) Programación de las actuaciones de control de calidad de obras de edificación de promoción pública y supervisión de programas de control de edificación de promoción privada; ejecución por sí, o por laboratorios homologados, del control de la calidad y la promoción de la calidad de la edificación.”

No obstante, la competencia autonómica se vio matizada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que en sentencias como la STC 152/1988, de 17 de marzo, que consideró que, dada la relevancia de la vivienda para la economía y, a pesar de que corresponda a las Comunidades Autónomas el desarrollo de *“una política propia en dicha materia, incluido el fomento y promoción de la construcción de viviendas, que es, en buena medida, el tipo de actuaciones públicas mediante las que se concreta el desarrollo de aquella política”* (F.J. 2º), las competencias estatales sobre las bases y coordinación general de la planificación general de la actividad económica y sobre las bases de la ordenación del crédito limitan esa competencia autonómica (artículo 149.1ª, 11ª y 13ª).

Esta actuación estatal incidiría especialmente en materia de viviendas protegidas (protección, financiación, etc.) pero ello no impediría que las Comunidades Autónomas pudieran desarrollar una

política de vivienda propia complementando las medidas estatales y ejecutando unas y otras.

Sin embargo, más allá de lo que es la vivienda protegida, la STC 5/2016, de 21 de enero, declaró inconstitucional la regulación que efectuaba el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de la inspección técnica de edificios, al entender que vulneraba las competencias de la Generalidad de Cataluña en materia de urbanismo si bien la Generalidad había alegado asimismo la vivienda como título competencial vulnerado, recordando la sentencia la necesaria interpretación restrictiva de los títulos competenciales transversales invocados por el Estado en esta materia.

Este criterio es ratificado en la STC 143/2017, de 14 de diciembre, que recuerda las evidentes conexiones entre urbanismo y vivienda (F.J. 2º) de tal forma que las Comunidades Autónomas pueden desarrollar una política propia en esta materia sin que el Estado pueda obligar a las Comunidades Autónomas a desarrollar actuaciones urbanísticas en supuestos de situaciones de insuficiencia o degradación de los requisitos básicos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad de las edificaciones (F.J. 15º).

La sentencia recuerda, asimismo, que la intervención administrativa sobre los usos del suelo y, por tanto, sobre la edificación corresponde a la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de urbanismo (F.J. 21º) de tal forma que considera constitucional que se exija una intervención administrativa en los usos edificatorios justificable en los valores a proteger –salud, seguridad y bienestar de los ciudadanos– y por la complejidad técnica del uso, correspondiendo igualmente a las Comunidades Autónomas establecer, en función del tipo de edificación, cuál de las formas de intervención resultará preceptiva.

En la reciente STC de 22 de febrero de 2018 se precisa que la competencia autonómica en materia de vivienda permite (F.J. 7º):

“(...) incidir, mediante regulaciones orientadas a atender los intereses generales relacionados con la garantía a los ciudadanos del disfrute de una vivienda digna, en la delimitación del derecho de propiedad, concretamente en la definición de su función social. Ahora bien, como hemos indicado, el establecimiento por el legislador competente de los deberes inherentes a la función social de un tipo de propiedad debe realizarse “en el marco de la Constitución”.”

Por ello el Tribunal Constitucional, al analizar la Ley Foral objeto de recurso de inconstitucionalidad, considera que (F.J. 17º):

“Los arts. 52.2.a), 66.1 y 72.2 de la Ley Foral 10/2010, añadidos respectivamente por los arts. 2, 5 y 6 de la Ley Foral 24/2013, aunque sí contienen relevantes restricciones para el titular del derecho de propiedad, el legislador dice adoptarlas en función de un fin de relevancia constitucional como es garantizar el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47.1 CE), a lo que se une que un análisis de dichas medidas, respetuoso del amplio margen de apreciación que incumbe al legislador en este ámbito, conduce a este Tribunal a concluir que con ellas no se desborda el justo equilibrio entre los medios empleados y la finalidad pretendida.”

Ha de recordarse que también las entidades locales tienen competencias en la materia, estableciendo el artículo 25.2 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local (LBRL), que los municipios, ejercerán competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de *“Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. (...) Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera Conservación y rehabilitación de la edificación”*.

Por tanto, la habilitación competencial de la Comunidad de Madrid para regular esta materia es clara. Por el contrario, la habilitación legal es más ambigua.

La Comunidad de Madrid solo ha legislado en materia de vivienda protegida dictando la Ley 6/1997, de 8 de enero, de Protección Pública a la Vivienda de la Comunidad de Madrid que se limita en sus cuatro artículos a enunciar la acción de la Comunidad en materia de vivienda protegida (artículo 1) y la Ley 9/2003, de 26 de marzo, del régimen sancionador en materia de viviendas protegidas de la Comunidad de Madrid.

También se ha dictado normativa en materia de edificación, en concreto la Ley 2/1999, de 17 de marzo, de Medidas para la Calidad de la Edificación.

Más recientemente cabe destacar la Ley 9/2017, de 3 de julio, por la que se establece el mecanismo de naturaleza no tributaria compensatorio de la repercusión obligatoria del Impuesto sobre Bienes Inmuebles a los arrendatarios de viviendas de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida.

En este sentido, la norma sometida a dictamen no desarrolla ninguna de estas leyes sin duda por cuanto la norma estatal cuya aplicación en la Comunidad de Madrid se pretende excluir, esto la normativa estatal sobre las cédulas de habitabilidad, arranca de una serie de órdenes y Decretos ministeriales que son ejemplos de reglamentos independientes, dictados en una época y en un régimen político muy diferente al actual.

En el Dictamen 23/00, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, se pone de manifiesto el difícil engarce legal de la cédula de

habitabilidad ya que dicha Comunidad Autónoma tampoco disponía en ese momento de una ley de vivienda. Considera que su apoyo en la legislación urbanística riojana presenta el obstáculo de que en dicha ley no se cita la cédula de habitabilidad salvo que se optase por su supresión al amparo de la regulación de las licencias de primera utilización. También considera que un posible engarce legal sería el artículo 18.6 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, al disponer que las Administraciones Públicas desarrollarán actuaciones en cuanto a salud y vivienda.

Posteriormente en el Dictamen 31/13, de 21 de junio, se considera que el engarce legal se contiene en la Ley 2/2007, de 1 de marzo, de vivienda de La Rioja. El mismo apoyo legal en la ley autonómica de vivienda se recoge en el Dictamen 324/12, de 11 de octubre, de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña.

Habida cuenta que el presente proyecto normativo tiene como objetivo la supresión de la exigencia de la cédula de habitabilidad al considerar que las licencias de primera ocupación constituyen un suficiente control de las condiciones higiénico-sanitarias de las viviendas, el amparo legal ha de buscarse en la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (LSM).

Así lo recoge la parte expositiva del proyecto, dado que se pretende mantener el control de las condiciones de habitabilidad mediante el control urbanístico que se realiza mediante las licencias de primera ocupación.

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

En el ordenamiento de la Comunidad de Madrid no se encuentra regulado de una manera completa y cerrada el procedimiento aplicable para la elaboración de normas reglamentarias.

Por ello ha de acudirse al amparo del artículo 149.3 de la Constitución y el artículo 33 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid a lo dispuesto en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (en adelante, Ley del Gobierno), tal y como ha sido modificada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), cuya disposición final tercera apartado doce ha añadido un artículo 26 relativo al procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos y al Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

No obstante, en este caso, resulta de aplicación el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones final y transitoria únicas del Real Decreto 931/2017 que establecen, respectivamente la entrada en vigor de ese Real Decreto a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (que tuvo lugar el 14 de noviembre de 2017) y que su regulación no será aplicable a aquellos proyectos normativos cuya tramitación se haya iniciado con anterioridad a su entrada en vigor.

Deberán tenerse presentes, además, como antes apuntábamos las diversas especialidades procedimentales dispersas en la normativa madrileña, las cuales han sido recogidas en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 31 de octubre de 2016, si bien el mismo no tiene carácter normativo.

Por lo que se refiere a los trámites previos ha de destacarse que, tanto el artículo 132 de la LPAC como el artículo 25 de la Ley del Gobierno, establecen que las Administraciones aprobarán anualmente un Plan Anual Normativo que se publicará en el Portal de la Transparencia. En el caso de la Comunidad de Madrid se ha aprobado mediante Acuerdo de 25 de abril de 2017, del Consejo de Gobierno, el

Plan Anual Normativo para el año 2018 que contempla expresamente el proyecto que examinamos.

Igualmente, el artículo 133 de la LPAC establece que, con carácter previo a la elaboración del proyecto normativo, se sustanciará una consulta pública a través del portal web de la Administración competente recabando la opinión de los sujetos y organizaciones más representativas potencialmente afectadas por la norma que se pretende aprobar. La Memoria del Análisis de Impacto Normativo recoge que se ha cumplimentado ese trámite a través del Portal de Transparencia de la Comunidad de Madrid.

En el caso objeto de dictamen, la norma proyectada es propuesta por la Consejería de Transportes, Infraestructuras y Vivienda, que ostenta competencias en materia de vivienda, según lo dispuesto en los Decretos 25/2015, de 26 de junio, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, por el que se establece el número y denominación de las Consejerías de la Comunidad de Madrid; el Decreto 72/2015, de 7 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica la estructura orgánica de las Consejerías de la Comunidad de Madrid y el Decreto 199/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras modificado por Decreto 135/2016, de 5 de diciembre, del Consejo de Gobierno.

No obstante, ha de indicarse que, como se ha expuesto, el encaje de la norma se puede realizar al amparo de la LSM, por ello hubiera sido deseable que hubiera existido un pronunciamiento específico de la consejería competente en materia de urbanismo o, incluso, que se hubiera tramitado de forma conjunta, tal y como se contempló en el Dictamen 434/14, de 15 de octubre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en un proyecto de norma en el que se ejercían competencias en materia de urbanismo y transporte.

El expediente consta de una Memoria del Análisis de Impacto Normativo fechada el 10 de agosto de 2017 previa al trámite de información y audiencia pública y una memoria anterior a la remisión a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid de fecha 16 de noviembre de 2017. No consta la necesaria actualización de la Memoria previa a la petición de dictamen a esta Comisión.

En los dos documentos se recogen los objetivos de la modificación reglamentaria a los efectos de acreditar su necesidad y oportunidad. Se exponen los objetivos perseguidos y las alternativas consideradas.

Por lo que se refiere a los impactos de la norma proyectada, contienen una referencia al impacto económico y presupuestario recogiendo la reducción de ingresos que supone suprimir la exigencia de la cédula de habitabilidad con la consiguiente pérdida de los ingresos derivados la recaudación de la tasa prevista en el artículo 392 e) del Texto refundido de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de octubre.

No obstante, debe observarse que, tal y como señala el artículo 2.1.d) del Real Decreto 1083/2009, en el análisis económico debe prestarse una especial atención al análisis de los efectos sobre la competencia, si bien las memorias analizadas no contienen ningún análisis de este concreto impacto. Tampoco existe el análisis sobre la unidad de mercado y la competitividad, así como la identificación de las cargas administrativas que conlleva la propuesta y su coste, lo que deberá subsanarse oportunamente en la versión definitiva de la Memoria.

Se analiza el impacto por razón de género en cumplimiento de la Ley del Gobierno [cfr. artículo 26.3.f)] indicando que la norma proyectada no tiene tal impacto toda vez que es “*una norma de carácter técnico*”.

Asimismo, las memorias incluyen la mención al impacto sobre la infancia, la adolescencia y la familia, tal y como se exige por el artículo 22 quinquies de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y la Disposición Adicional 10ª de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, introducidos ambos por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. La Memoria indica que el proyecto normativo no tiene impacto en ese ámbito.

Hubiera sido deseable un mayor análisis de esta cuestión toda vez que la Ley Orgánica 1/1996 establece expresamente que: *“Las Administraciones Públicas deberán tener en cuenta las necesidades de los menores al ejercer sus competencias, especialmente en materia de control sobre (...) vivienda”*, tal y como ha recordado la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2017 (recurso 270/2016).

Figura también incorporado a las memorias el examen del impacto por razón de género y el impacto por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género conforme lo dispuesto en las Leyes, 30/2003, de 13 de octubre; 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid y 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid.

También contemplan las memorias la descripción de los trámites seguidos en la elaboración de la norma. Se observa que se recogen las observaciones que se han ido formulando a lo largo de su tramitación y el modo en que han sido acogidas o no por el órgano proponente de la norma, con su correspondiente motivación, tal y como exige el artículo 2.3 del Real Decreto 1083/2009. Esta inclusión *“refuerza la propuesta normativa y ofrece una valiosa información sobre la previsión del grado de aceptación que puede tener el proyecto”*, según la Guía Metodológica

para la elaboración de la Memoria del análisis de impacto normativo aprobada por el Consejo de Ministros el 11 de diciembre de 2009, en cumplimiento de la disposición adicional primera del Real Decreto 1083/2009.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 26.5 de la Ley del Gobierno, a lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse los informes y dictámenes que resulten preceptivos.

A estos efectos, han evacuado informes las Secretarías Generales Técnicas de las distintas Consejerías, conforme a lo dispuesto en el artículo 35.1 del Reglamento de funcionamiento interno del Consejo de Gobierno y de sus Comisiones aprobado por Decreto 210/2003, de 16 de octubre.

Se ha recabado el informe del Consejo de Consumo previsto en el artículo 25 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, trámite preceptivo a la luz de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de diciembre de 2008 (recurso 679/2006) confirmada en casación por la del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2011 (recurso 1170/2009).

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 un dictamen con carácter preceptivo, entre otros asuntos, acerca de los proyectos de disposiciones reglamentarias, salvo que tengan carácter meramente organizativo. Por ello, se ha evacuado por la Abogacía General de la Comunidad de Madrid un informe de 1 de diciembre de 2017, formulando diversas observaciones al proyecto que han sido recogidas por la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación si bien no se han incorporado a la memoria.

De ahí que se considere que la Memoria debe ser completada a este respecto.

Se ha cumplido el requisito del informe de la Dirección General de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano conforme exige el artículo 4.g) y criterio 12 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.

También, conforme a lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 6/2017, de 11 de mayo, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2017, ha emitido informe preceptivo la Dirección General de Presupuestos y Recursos Humanos de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda.

El artículo 26.9 de la Ley del Gobierno establece que el Ministerio de la Presidencia analizará diversos aspectos sobre la calidad de los proyectos normativos y se remite a un desarrollo reglamentario tanto en cuanto al órgano que habrá de analizar estas cuestiones como a su inserción en el procedimiento de elaboración.

En la Comunidad de Madrid el citado Acuerdo del Consejo de Gobierno de 31 de octubre de 2016 en su apartado 8.3 indica que se realizará cuando se desarrolle reglamentariamente por la Administración General del Estado el modo de intervención de dicho trámite en el procedimiento y el órgano competente para su emisión.

No obstante, antes de ese desarrollo estatal, el Decreto 130/2017, de 31 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno atribuye en su artículo 25.3 a) la elaboración de ese informe a la Secretaría General Técnica de dicha Consejería.

El reciente Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre, por el que se establece el régimen de funcionamiento de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa establece en su artículo 7.2 que la elaboración del informe será previa a la solicitud del informe de la Secretaría General Técnica previsto en el artículo 26.5, párrafo cuarto, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. Tal y como destaca el Consejo de Estado en su Dictamen 897/2017, de 30 de noviembre, relativo al proyecto de Real Decreto: “(...) *también considera el Consejo de Estado que la función de análisis de la calidad normativa que se encomienda a la Oficina puede prestarse con mayor eficacia en un momento inicial del procedimiento, pues a la vista de la extensión de asuntos sobre los que debe pronunciarse el informe, ello evita la reiteración de observaciones idénticas por parte de las distintas secretarías generales técnicas.*”

En el proyecto de Decreto objeto del presente Dictamen ha emitido informe la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno con carácter previo a la emisión del informe final de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, informe en el que se realizan algunas consideraciones de técnica normativa, por lo que se puede tener por cumplimentado dicho trámite.

El artículo 133.2 de la LPAC y el artículo 26.6 de la Ley del Gobierno, en desarrollo del mandato previsto en el artículo 105.a) de la Constitución Española, disponen que, sin perjuicio de la consulta previa, cuando la norma afecte a derechos o intereses legítimos de las personas se publicará el texto en el portal web con objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y recabar aportaciones adicionales de otras personas o entidades. También podrá recabarse la opinión de organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas afectadas por la norma.

A estos efectos la memoria recoge que se procedió a la publicación en el Portal de Transparencia y se dio audiencia a una serie de organismos y asociaciones, de los cuales tan solo efectuó alegaciones el COAM.

CUARTA.- Cuestiones materiales.

Procede analizar el contenido del proyecto de decreto siguiendo su estructura, esto es, examinando su artículo único y las disposiciones transitoria y final.

El artículo único consta de dos apartados. En el primero se establece que:

“Se suprime en el ámbito de la Comunidad de Madrid la cédula de habitabilidad como documento necesario para reconocer la aptitud de un inmueble para ser destinado a vivienda, en todos los supuestos en los que esta fuere exigible, tanto en primeras como en segundas y posteriores transmisiones de vivienda”.

Este párrafo constituye el núcleo esencial de la norma que pretende aprobarse. La norma claramente inspirada en otras normas autonómicas no deroga la legislación estatal, obsoleta pero vigente, sino que excluye su aplicación al tratarse de una competencia exclusiva autonómica.

En este sentido se ha de recordar que el artículo 2.2 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLSRU) aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, define las infraviviendas como:

“(...) la edificación, o parte de ella, destinada a vivienda, que no reúne las condiciones mínimas exigidas de conformidad con la legislación aplicable. En todo caso, se entenderá que no reúnen

dichas condiciones las viviendas que incumplan los requisitos de superficie, número, dimensión y características de las piezas habitables, las que presenten deficiencias graves en sus dotaciones e instalaciones básicas y las que no cumplan los requisitos mínimos de seguridad, accesibilidad universal y habitabilidad exigibles a la edificación”.

Por tanto, existe un deber legal de las Administraciones Públicas de eliminar la infravivienda como se desprende de dicho precepto y del artículo 31 del TRLSRU, ambos con carácter básico como establece la disposición final 2ª de dicha norma.

Ciertamente la Orden de 29 de diciembre de 1944 contempla unas condiciones higiénicas mínimas que supusieron un notable avance en el logro de unas viviendas dignas, lo que explica su vigencia hasta nuestros días en aquellas Comunidades Autónomas que no han legislado en cuanto a las condiciones de habitabilidad de las viviendas.

Tal y como se ha expuesto, la Comunidad de Madrid es competente para establecer las condiciones de habitabilidad mínimas de las viviendas sin perjuicio de las competencias municipales que, como establece el artículo 25.1 de la LBRL han de desarrollarse en “(...) *los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas*”.

Según indica la Memoria del Análisis del Impacto Normativo, la Comunidad de Madrid, por medio del presente proyecto de decreto opta por no regular específicamente las condiciones de habitabilidad exigibles a las viviendas al considerar que ese control ya se realiza a través de la licencia de primera ocupación.

Ha de recordarse que la licencia de primera ocupación aparece contemplada en el artículo 151 de la LSM, siendo su objeto el comprobar que la edificación se ha ejecutado conforme al proyecto para

el que previamente se concedió licencia de obras, tal y como recuerda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de julio de 2014 (recurso 1673/2012), sentencia que, asimismo, recoge que el Tribunal Supremo ha venido exigiendo, con base en el art. 21.2 d) del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que la citada licencia compruebe si el edificio puede habilitarse para el uso pretendido por estar en zona apropiada y reunir las condiciones idóneas de seguridad y salubridad. Esta exigencia permite comprobar que la licencia de primera ocupación ha de controlar el que las viviendas reúnan las necesarias condiciones de habitabilidad.

El sistema de licencias de la LSM distingue diversos supuestos, según exista un proyecto de edificación (artículo 154 LSM), no exista dicho proyecto (artículo 153 LSM), se trate de una intervención de usos entendiendo por tales a las actividades económicas (artículo 155 LSM) o los restantes actos sujetos a intervención urbanística (artículo 156 LSM) en los cuales basta la mera comunicación a la Administración que, salvo actuación administrativa, se convierte en licencia a los quince días.

En cualquier caso, la LSM, como ha señalado la doctrina, no es muy “*precisa*” a la hora de regular la licencia de primera ocupación por lo que las Entidades Locales tienen un amplio margen para configurarla.

Ello puede conllevar importantes diferencias en la exigencia y verificación de las condiciones de habitabilidad de las viviendas ya que tanto la regulación urbanística y las ordenanzas municipales de edificación como los servicios de inspección y control son muy diferentes según se trate de ayuntamientos de grandes poblaciones o pequeños municipios, máxime cuando el artículo 32.4 a) de la LSM no alude expresamente a las condiciones de habitabilidad de las viviendas al contemplar el contenido obligatorio de las ordenanzas municipales.

Interesa destacar, además, que en el proyecto de Ley de Urbanismo y Suelo en tramitación en la Asamblea de Madrid (B.O.A.M. nº 114, de 20 de abril de 2017) se sustituye, en los supuestos de primera ocupación de las edificaciones de nueva planta de uso residencial y de casas prefabricadas, la exigencia de licencia de primera ocupación por una declaración responsable (artículo 198.1 a) del Proyecto de Ley) que, si va unida a un informe de conformidad de una entidad colaboradora, resulta vinculante para la Administración (artículo 200 del Proyecto de Ley).

Tal y como se ha expuesto a lo largo del procedimiento de elaboración del proyecto de Decreto, la normativa edificatoria actualmente vigente permite asegurar que las viviendas construidas a su amparo cumplen unas condiciones de habitabilidad dignas, si bien el Colegio de Arquitectos de Madrid en su fundado escrito de alegaciones en el periodo de información pública pone de manifiesto que la citada normativa no regula algunas cuestiones como las superficies mínimas para las viviendas libres (a diferencia de las viviendas protegidas que sí cuentan con normativa específica) o las diversas piezas de una vivienda libre, indicando que atribuir su fijación a los ayuntamientos podría ocasionar una desregulación con el consiguiente incremento de infraviviendas.

Frente a esta alegación el informe de contestación de la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación, cuyo contenido se incorpora a la memoria del análisis de impacto normativo, se limita a indicar que, según la Federación de Municipios de Madrid, el control de las condiciones de habitabilidad corresponde a los Municipios y la determinación de los aspectos técnicos *“remitidos a las condiciones establecidas en el planeamiento general de cada municipio”*.

A ello se suma el que, como indica el informe de la Abogacía General, al no poder derogar la Comunidad de Madrid una norma

estatal, esta opera en supuestos de vacío normativo, conforme la cláusula de supletoriedad contenida en el artículo 149.3 de la Constitución ya que, como señaló la STC 118/1996, de 27 de junio (FF. JJ. 4-6) la previsión constitucional tiene como justificación el que “(...) *se trata de que, pese a su necesaria e imprevisible evolución, la plenitud del ordenamiento no padezca ni a causa de una falta de asunción de competencias (y a ese fin se orientan las que con carácter residual se atribuyen al Estado), ni a causa de las lagunas que inicialmente pudiera provocar su falta de ejercicio (y a ese objetivo se endereza la cláusula de supletoriedad)*”. De esta forma el Estado tampoco puede derogar sus propias normas cuando versen sobre materias que no le corresponden (STC 197/1996, de 28 de noviembre).

Ello determina que no resulte excluida la aplicación de la normativa estatal sobre la cédula de habitabilidad por lo que todos aquellos requisitos contemplados en su normativa estatal reguladora que no estén contemplados por la normativa sobre calidad de la edificación o las ordenanzas municipales deberán ser exigidos igualmente por los Ayuntamientos para la concesión de las licencias de primera ocupación.

Como se ha expuesto, esta Comisión considera que la competencia de la Comunidad de Madrid establecida como exclusiva en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (norma institucional básica conforme el artículo 147 de la Constitución Española) permite que la Comunidad pueda establecer unas condiciones mínimas de habitabilidad de las viviendas (tal y como han hecho diversas Comunidades Autónomas) que posteriormente podrían ser ampliadas por los municipios en sus ordenanzas. Entender lo contrario nos llevaría a plantearnos si la Comunidad de Madrid tiene competencia para dictar el presente proyecto de Decreto, lo cual no se sostiene desde un punto de vista jurídico.

La decisión o no de dictar tales condiciones es una cuestión de oportunidad sobre la que esta Comisión no se pronuncia, puesto que no se ha solicitado su parecer por la autoridad consultante conforme establece el artículo 22.6 del ROFCJA, pero, en todo caso, la Memoria del Análisis del Impacto Normativo debería analizar con mayor profundidad las alegaciones planteadas por el Colegio de Arquitectos de Madrid para que así el Consejo de Gobierno pueda tomar su decisión sobre la aprobación del proyecto de decreto con pleno conocimiento de causa.

Por otra parte, el apartado 1 del artículo único plantea dos problemas adicionales.

En primer lugar, se establece que cédula de habitabilidad además de suprimirse dejará de ser *“exigible tanto en primeras como en segundas y posteriores transmisiones de vivienda”*. Esta referencia carece de cualquier apoyo legal y además puede afectar a las relaciones contractuales entre sujetos privados en una dimensión horizontal para la cual la Comunidad de Madrid carece de competencia –STC 61/1997, de 20 de marzo-. Al establecer que la cédula no puede exigirse en las transmisiones de viviendas se estaría incidiendo en relaciones contractuales que son competencia estatal, ex artículo 14.1. 8ª de la Constitución, en contradicción con lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil puesto que, por ejemplo, las partes pueden condicionar la compraventa de la vivienda a que disponga de tal cédula.

De hecho, la sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 10 de junio de 2013 (recurso 627/2010) considera que la obligación de entrega del promotor-vendedor ha de entenderse en su aspecto no solo físico sino también jurídico, permitiendo que la vivienda se ocupe legalmente, que los suministros se contraten de forma regular, y, en definitiva, que el comprador pueda ejercer sus derechos sobre la vivienda adquirida libremente y sin obstáculos legales.

Podría entenderse que no es esa la voluntad de la norma pero entonces nos encontraríamos ante una redacción inexacta que debe aclararse, siendo precisamente una de las funciones del procedimiento de elaboración de disposiciones generales evitar la promulgación de textos normativos confusos que puedan generar conflictos jurídicos en su aplicación.

Esta consideración tiene carácter esencial.

Ha de plantearse la posible venta de viviendas antiguas sobre las que no se ha realizado obra alguna (y por tanto carecen de licencia de primera ocupación). En estos casos la cédula permite establecer que se cumplen unos requisitos básicos de habitabilidad.

Si se suprime la exigencia de la cédula en toda transmisión, puede determinar la salida al mercado inmobiliario de viviendas antiguas que incumplan, no solo la normativa edificatoria actual sino también la propia normativa estatal de habitabilidad que, como decimos, continúa siendo aplicable supletoriamente al no ser desplazada por ninguna normativa autonómica.

En segundo lugar, el precepto establece que se suprime la cédula “sin perjuicio” de lo dispuesto en el artículo 160 de la LSM para la contratación de suministros.

Dicho precepto establece que:

“1. Las empresas suministradoras de energía eléctrica, agua, gas y telefonía exigirán para la contratación provisional, en su caso, de los respectivos servicios la acreditación de la licencia municipal, fijando como plazo máximo de duración del contrato el establecido en la licencia para la ejecución de las obras, transcurrido el cual no podrá continuar prestándose el servicio.”

2. Las empresas citadas en el número anterior y las de telecomunicaciones exigirán para la contratación definitiva de los suministros o servicios respectivos en edificios o construcciones de nueva planta u objeto de obras de ampliación, reforma, modificación o rehabilitación la acreditación de la licencia municipal, conforme a esta Ley, de la primera ocupación.”

El precepto se refiere en su apartado primero a la contratación provisional de los servicios para edificios en construcción (exigiendo licencia de obras y por un plazo determinado) y el apartado segundo exige para la contratación definitiva la licencia de primera ocupación cuando se trate de “*edificios o construcciones de nueva planta u objeto de obras de ampliación, reforma, modificación o rehabilitación*”.

La dicción del precepto es clara, se exige la licencia de primera ocupación para los casos de contratación definitiva de tales servicios cuando se trate de edificios de nueva planta o en los que se hayan realizado obras de ampliación, reforma, modificación o rehabilitación, supuestos en los que se exige la obtención de licencia de obras.

Sin embargo, la redacción del proyecto de Decreto alude a que se suprime la cédula sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 160 LSM, precepto que no alude a la exigencia de cédula de habitabilidad pero cuya cita, a lo que se suma la expresión “*sin perjuicio*”, origina dudas sobre si es exigible la cédula para la contratación de tales servicios.

Resulta necesario que se subsane esta contradicción en la redacción final del Decreto, la cual entronca con lo anteriormente señalado respecto a las relaciones entre cédula de habitabilidad y licencia de primera ocupación.

Para construir de nueva planta una vivienda o realizar obras de reforma o rehabilitación en una edificación destinada a vivienda se

precisa, conforme el artículo 151 LSM, solicitar una licencia de obra y posteriormente se concederá la licencia de primera ocupación. Ahora bien, tratándose de edificaciones antiguas en las que no existe licencia y que se destinan a vivienda la referencia “*sin perjuicio*” parece dar a entender que se exigiría tal licencia para que las empresas suministradoras den el acceso a servicios con lo cual se colocaría a este tipo de viviendas en un limbo jurídico ya que estaríamos ante viviendas que sí disponen de cédula de habitabilidad pero no de licencia de primera ocupación.

Si bien es cierto que el artículo 189 del Proyecto de Ley de Urbanismo y Suelo sustituye la referencia a la licencia de primera ocupación por la más genérica de “*título habilitante*”, la remisión del proyecto de decreto puede generar dudas interpretativas.

Por ello convendría mejorar la redacción del precepto (sin duda fruto de una redacción confusa) y aclarar la situación en cuanto al acceso a tales servicios de las edificaciones sin licencia de primera ocupación.

El apartado segundo del artículo único resulta superfluo ya que se si se suprime la cédula resulta obvio que no se podrán solicitar ni expedir nuevas cédulas.

La disposición transitoria única establece que las solicitudes de expedición de cédulas presentadas con anterioridad a su entrada en vigor continuarán tramitándose hasta su resolución.

Por último, la disposición final única establece la entrada en vigor al mes de la publicación en el Boletín Oficial. Debería justificarse en la memoria la razón de esa *vacatio legis* cuando la razón del proyecto se justifica en la supresión de una cédula que se considera innecesaria frente a la regla general de los veinte días que establece el artículo 51.3

de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid.

Por todo lo expuesto, se considera que la parte expositiva del proyecto de Decreto no responde al verdadero contenido del mismo. El proyecto de Decreto suprime la concesión de nuevas cédulas de habitabilidad pero no elimina la necesidad de cumplir los requisitos establecidos en la normativa estatal, incluida la Orden de 1944, para que una edificación pueda ser calificada como vivienda. Por ello, aun reconociendo la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre el valor jurídico de los preámbulos y teniendo en cuenta su valor interpretativo (STC 31/2010, de 28 de junio), debe adaptarse su contenido a las consecuencias jurídicas que conlleva el articulado del proyecto de Decreto para evitar generar inseguridad jurídica.

Esta consideración tiene carácter esencial.

QUINTA.- Técnica normativa.

Al carecer la Comunidad de Madrid de un procedimiento sistematizado de elaboración de disposiciones de carácter general, se han venido aplicado las reglas contenidas en las Directrices de técnica normativa aprobadas mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005 a las que se remite el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 31 de octubre de 2016.

Además de algunas cuestiones recogidas en las consideraciones anteriores han de indicarse, a efectos de la técnica normativa, algunos problemas específicos.

En la parte expositiva falta una referencia a la habilitación legal para dictar el proyecto de Decreto conforme establece la Directriz 14.

Asimismo, al citarse los principios recogidos en el artículo 129 de la LPAC, no se contiene ninguna explicación de su cumplimiento. Tal y como hemos indicado en los dictámenes 13/18, de 18 de enero y 66/18, de 15 de febrero, sería deseable una justificación más detallada de la adecuación de la norma a los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia, puesto que el mandato del legislador estatal (*“quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios”*) exige algo más que una alusión textual a la adecuación de la propuesta a dichos principios.

La fórmula promulgatoria infringe lo establecido en la Directriz 16 al citar las competencias sobre las que se pretende dictar el proyecto de Decreto. Asimismo se recoge la expresión *“de acuerdo”* con la Comisión Jurídica Asesora para lo cual será necesario que se acepten las consideraciones esenciales formuladas en el presente Dictamen. Por último ha de indicarse que existe una errata ya que se cita al *“Consejero Transportes, Vivienda e Infraestructuras”* cuando debe citarse a la *“Consejera de Transportes, Vivienda e Infraestructuras”* conforme el Decreto 56/2017, de 25 de septiembre, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Que una vez consideradas las observaciones contenidas en el presente dictamen y, en especial, las formuladas con carácter esencial en la consideración jurídica cuarta, puede someterse al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid el proyecto de decreto Gobierno

por el que se suprime la cédula de habitabilidad en el ámbito de la Comunidad de Madrid.

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

Madrid, 1 de marzo de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 103/18

Excma. Sra. Consejera de Transportes, Vivienda e Infraestructuras

C/ Maudes nº 17 - 28003 Madrid