

Dictamen nº: **387/16**
Consulta: **Consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía
del Gobierno**
Asunto: **Proyecto de Reglamento Ejecutivo**
Aprobación: **06.09.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 6 de septiembre de 2016, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre el proyecto de orden de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno de modificación de la Orden 1562/1998, de 23 de octubre, de la Consejería de Presidencia, por la que se establece el régimen relativo a los horarios de los locales de espectáculos públicos y actividades recreativas, así como de otros establecimientos abiertos al público (en adelante, Orden 1562/1998).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 19 de agosto de 2016 tuvo entrada en este órgano consultivo, solicitud de dictamen preceptivo, con carácter urgente, firmada por el consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, sobre el proyecto de decreto citado en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 473/16, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de

acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado en la reunión del Pleno de este órgano consultivo, en sesión celebrada el día 6 de septiembre de 2016.

SEGUNDO.- Contenido del proyecto de orden.

La finalidad de la norma, según explicita la parte expostiva es regular los horarios de las terrazas *“para que se adapte a las demandas de los ciudadanos y de los prestadores de servicios, estableciendo las condiciones óptimas para el ejercicio de las actividades económicas, pero siempre conciliando dicho ejercicio con el resto de intereses concurrentes”*.

El proyecto de orden contiene un artículo único de modificación del artículo 2.C).3 de la Orden 1562/1998 y una disposición final.

TERCERO.- Contenido del expediente remitido.

El expediente objeto de remisión a esta Comisión Jurídica Asesora consta de los siguientes documentos:

- 1.- Borrador de modificación de la Orden 1562/1998 (folio 1 del expediente administrativo).
- 2.- Memoria del Análisis de Impacto Normativo (folios 2 a 6)
- 3.- Informe de Impacto en la familia, la infancia y la adolescencia, de 18 de julio de 2016 (folio 7).

4.- Informe de la directora General de la Mujer, de 20 de julio de 2016 (folio 8).

5.- Alegaciones, sin firmar, de la Subdirección General de Calidad y Evaluación Ambiental del Área de Gobierno, Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, con sello de registro de salida de 10 de julio de 2016, que se hacen llegar por el secretario general de la Federación Madrileña de Municipios por escrito de 19 de julio de 2016 (folios 9 y 10).

6.- Alegaciones formuladas por la Asociación “La Viña” y la Asociación de Empresarios de Ocio Nocturno de la Comunidad de Madrid, “Noche Madrid”, con fecha 20 de julio de 2016 (folios 11 a 15).

7.- Informe del secretario general técnico de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, de 4 de agosto de 2016 (folios 16 y 17).

8.- Informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, de 31 de julio de 2014 emitido a un proyecto de orden de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, cuya fecha se desconoce, por el que se pretendía la modificación de la Orden 1562/1998 (folios 18 a 33).

9.- Informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid de 9 de agosto de 2016, al proyecto de orden de modificación, que examina el procedimiento tramitado y remite en cuanto a su contenido al emitido con fecha 31 de julio de 2014 al apreciar que éste “*es idéntico al Proyecto informado por este Servicio Jurídico el 31 de julio de 2014*” (folios 34 y 35).

A la vista de tales antecedentes formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- Competencia de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid para emitir dictamen.

La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen, de carácter preceptivo, de conformidad con el artículo 5.3.c) de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre que *ad litteram* dispone que: “*En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada 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 del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, órgano legitimado para ello de conformidad con el artículo 18.3.a) del ROFCJA.

El proyecto de orden que pretende aprobarse se dicta en ejecución del artículo 23 de la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas (en adelante, LEPAR), por lo que corresponde al Pleno de la Comisión Jurídica Asesora dictaminar sobre su modificación a tenor de lo previsto en el artículo 16.3 del ROFCJA.

El artículo 23 de la LEPAR, de 4 de julio, dispone:

“1. *El horario general de apertura y cierre de los locales y establecimientos a que se refiere la presente ley se determinará por Orden del Consejero competente en la materia de espectáculos públicos y actividades recreativas. En la citada orden se fijará la antelación con la que los locales y establecimientos deberán estar abiertos antes de que den comienzo los espectáculos.*

2. *Los Ayuntamientos, con carácter excepcional, y caso por caso para cada local, establecimiento o actividad que lo solicite, podrán autorizar ampliaciones o reducciones de horarios, en atención a las*

peculiaridades de las poblaciones, condiciones de insonorización, afluencia turística o duración del espectáculo”.

Como apunta la STC 18/1982, de 4 de mayo, son reglamentos ejecutivos «*aquellos que están directa y concretamente ligados a una ley, a un artículo o artículos de una ley, o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley (o leyes) es completada, desarrollada, aplicada, pormenorizada y cumplimentada o ejecutada por el reglamento. Son reglamentos que el Consejo de Estado ha caracterizado como aquellos “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 la Comisión Jurídica Asesora.

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 7^a) y de 11 de junio de 2008 (de la misma Sala, Sección 5^a).

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo de urgencia establecido en el artículo 23.2 del ROFCJA, a pesar de que en la solicitud dirigida a esta Comisión Jurídica Asesora no aparece justificada la petición del dictamen con tal carácter. A este respecto conviene recordar que la urgencia prevista en el artículo 23.2 del ROFCJA es de carácter objetivo y ha de ser invocada con carácter excepcional, pues la garantía de la legalidad y el acierto de la decisión

administrativa a la que contribuye este órgano consultivo precisa de un análisis sosegado y reposado, especialmente cuando se trata, como en este caso, de normas jurídicas.

SEGUNDA.- Sobre la habilitación legal y el título 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 26.1.22 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, en la redacción dada por la Ley Orgánica 10/1994, de 10 de marzo, atribuye a la Comunidad la plenitud de la función legislativa en materia de espectáculos públicos. El preámbulo de la Ley cita, igualmente, como títulos competenciales, en cuanto que el mismo artículo atribuye a la Comunidad de Madrid la plenitud de la función legislativa en materias como urbanismo (número 3), cultura (número 15), turismo (número 16), deporte y ocio (número 17), asistencia social (número 18), casinos, juegos y apuestas (número 20) y publicidad (número 28). Como indica el preámbulo de la LEPAR, *“estos títulos competenciales plenos, junto con otros de desarrollo legislativo previstos en el artículo 27 como la sanidad e higiene, la defensa de consumidores y usuarios o la protección del medio ambiente, habilitan la actuación legislativa de la Comunidad de Madrid en la materia con la extensión y profundidad precisas para dar satisfacción a las necesidades expuestas”*.

El Tribunal Constitucional, en Auto 46/2001, de 27 de febrero ha declarado que

“... del hecho de que la LEPAR se denomine de “Espectáculos públicos y actividades recreativas” no puede deducirse que la misma incluya dos materias constitucionales con perfiles propios y distintos. Tal denominación recoge, en definitiva, la que resulta tradicional en nuestro Derecho. Ya la Orden de 3 de mayo de 1935, que aprueba el Reglamento de Espectáculos Públicos utiliza, como

sinónimos, expresiones tales como “espectáculos”, “diversiones públicas” o “recreos públicos” (arts. 8 y 10). El Reglamento de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, aprobado por Real Decreto 2816/1982, consagró una denominación derivada, sin duda, del Reglamento de 1935, denominación que se ha recogido en diversas leyes de las Comunidades Autónomas. Así, la Ley 10/1990, de 15 de junio, del Parlamento de Cataluña, sobre Espectáculos y Establecimientos Públicos y Actividades Recreativas o la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas del Parlamento de Andalucía, entre otras leyes autonómicas de igual o similar título».

En cuanto a la habilitación para el desarrollo reglamentario de la Ley de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, su Disposición final primera, autoriza al Gobierno a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y desarrollo de la misma. Ahora bien, esta disposición debe completarse, por lo que a las competencias de desarrollo de la misma se refiere, con lo dispuesto en el artículo 23 de la LEPAR que atribuye al consejero competente en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas la determinación del horario general de apertura y cierre de los locales y establecimientos a los que les es de aplicación la misma.

Es indubitable 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,

“... b) 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 aquélla 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».

En el presente caso, al tratarse de una modificación relativa a la determinación del horario general establecido en el artículo 2 de la Orden 1562/1998 no existe duda alguna de la habilitación del consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno para su modificación.

Con la anterior redacción de la LEPAR, la habilitación al consejero en esta materia era más amplia porque el artículo 23.2 establecía:

“Las Ordenes de determinación de horarios establecerán además:

- a) Los supuestos en los que la Comunidad de Madrid podrá autorizar ampliaciones de horarios en atención a las peculiaridades de las poblaciones, condiciones de insonorización, afluencia turística o duración del espectáculo.*
- b) Los supuestos en que con carácter excepcional y atendiendo a las anteriores circunstancias, los respectivos Ayuntamientos podrán establecer las reducciones de horario.*
- c) La antelación con que los locales y establecimientos deberán estar abiertos antes de que den comienzo los espectáculos”.*

La actual redacción del artículo 23.1 de la LEPAR establece:

“El horario general de apertura y cierre de los locales y establecimientos a que se refiere la presente ley se determinará por Orden del Consejero competente en la materia de espectáculos públicos y actividades recreativas.

En la citada orden se fijará la antelación con la que los locales y establecimientos deberán estar abiertos antes de que den comienzo los espectáculos”.

El artículo 23.2 LEPAR contempla la posibilidad de los Ayuntamientos, de carácter excepcional, de ampliar o reducir los horarios en atención a las peculiaridades de la población, condiciones de insonorización, afluencia turística o duración, sin que se haga referencia en el precepto, a diferencia de la normativa anterior, a que en la Orden de determinación de horarios se regulen los supuestos excepcionales que permitan la ampliación o reducción de los mismos. De este cambio de redacción se desprende que la voluntad del legislador es excluir de la habilitación del consejero competente en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas la determinación de los supuestos en los que los Ayuntamientos puedan ampliar o reducir los horarios generales.

En este sentido, el preámbulo de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas que introdujo esta nueva redacción, declara:

“Por otro lado, la experiencia desde la entrada en vigor de la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, aconseja que, por la mayor proximidad de la Administración municipal al sector de los espectáculos públicos y las potestades de inspección que el artículo 30 de la citada ley atribuye a los Ayuntamientos, sean estos los que autoricen no solo la

reducción de horarios de apertura de este tipo de actividades y espectáculos, sino también, y con carácter excepcional, su ampliación, teniendo en cuenta las peculiaridades de las poblaciones, las condiciones de insonorización de los locales, la afluencia turística o la duración de los espectáculos”.

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 lo que habrá que recurrir al ordenamiento estatal, sin perjuicio de las especialidades dispersas del ordenamiento autonómico en la materia.

El procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general se encuentra regulado en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (en adelante Ley 50/1997), 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.

1.- Según lo previsto en el artículo 24.1.a) de la Ley 50/1997, “*la iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar*”.

En el caso objeto de dictamen, la norma proyectada es propuesta por la Dirección General de Justicia y Seguridad de la Consejería Presidencia Justicia y Portavocía del Gobierno, que es quien tiene

atribuida la competencia para impulsar este proyecto, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 192/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la citada Consejería.

2.- Por lo que se refiere a la denominada Memoria del Análisis de Impacto Normativo prevista en el citado artículo 24.1.a) y desarrollada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, se observa que consta en el expediente una única memoria firmada el día 3 de agosto de 2016 por la Directora General de Justicia y Seguridad de la Consejería Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno.

Este documento es insuficiente en cuanto que no cumple con la configuración que de la misma hace su normativa reguladora como un proceso continuo, que debe redactarse desde el inicio hasta la finalización de la elaboración del proyecto normativo, de manera que su contenido se vaya actualizando con las novedades significativas que se produzcan a lo largo del procedimiento de tramitación (artículo 2.3 del Real Decreto 1083/2009) hasta culminar con una versión definitiva. En el presente caso, la memoria no hace referencia al momento de inicio del procedimiento.

Al tratarse de un procedimiento de modificación de una norma, el proyecto de orden no deroga normativa alguna.

La memoria contenida en el expediente remitido contempla el objeto y contenido del proyecto de decreto a los efectos de acreditar su necesidad y oportunidad.

También incorpora una referencia al impacto presupuestario, pues declara que la norma proyectada “*no conlleva coste económico*”. En cuanto al impacto económico, se limita a señalar que la norma tendrá un efecto positivo en la dinamización del sector hostelero y que se trata de una medida demandada por ese sector. Ahora bien cabe considerar

que se trata de un análisis muy limitado del impacto económico, pues como recoge la guía metodológica para la elaboración de la memoria del análisis de impacto normativo, el análisis del impacto económico en la memoria debe tener en cuenta especialmente los efectos sobre los agentes o colectivos directamente afectados por la propuesta y menciona las cuestiones que pueden considerarse para que ese análisis sea completo, tales como, efectos en los precios de productos y servicios, efectos en el empleo o los efectos en los consumidores, entre otros aspectos. Además se ha de observar que en el análisis económico, debe prestarse especial atención al análisis de los efectos sobre la competencia en el mercado, tal y como señala el citado Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, en su artículo 2.1.d). Como señala la citada guía metodológica “*se trata de analizar si el proyecto es susceptible de introducir elementos que distorsionen la competencia en el mercado*”. No cabe olvidar que un análisis de impacto normativo lo más completo posible no hará sino reforzar la propuesta, tal y como recuerda la mencionada guía metodológica.

La memoria incluye 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 10^a 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, así como el informe 18 de julio de 2016, del director general de la Familia y el Menor.

En relación con el informe sobre el impacto por razón de género, la memoria remitida contiene una referencia a que del contenido del decreto proyectado, se deduce “*que las modificaciones previstas carecen de impacto por razón de género*” con cita del Informe de Impacto por Razón de Género de la Dirección General de la Mujer, de 20 de julio de 2016.

La memoria no contiene alusión alguna al impacto sobre la unidad de mercado, lo que resulta una exigencia de lo dispuesto en el reiterado artículo 2 del Real Decreto 1083/2009 en relación con el artículo 14 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Como la Memoria de Impacto Normativo ha sido emitida con anterioridad al informe del Servicio de Jurídico en la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno de 9 de agosto de 2016 que se remite en su contenido, al ser *“idéntico al del Proyecto informado por este Servicio Jurídico en fecha 31 de julio de 2014 (...), sin que se haya producido ningún cambio legislativo que desvirtúe los argumentos recogidos en el meritado informe, a cuyo contenido nos remitimos por resultar plenamente aplicable”*, no se recoge en ella la observación esencial en su día formulada en el informe de 31 de julio de 2014 por dicho Servicio Jurídico y que debe considerarse subsistente. En este punto conviene recordar que el Servicio Jurídico de la Comunidad de Madrid consideró que la redacción proyectada resultaba incompleta, por comparación con el contenido del artículo 23.2 de la Ley 17/1997, así como que entraba en colisión con la normativa legal *“en cuanto constriñe la competencia de los Ayuntamientos a la reducción del horario, lo que implícitamente contraviene lo establecido en la Ley 17/1997, que autoriza a los Ayuntamientos para que, atendidas las circunstancias excepcionales, procedan tanto a la ampliación, como a la reducción del horario”*.

Parece lógico que, si la dirección general promotora del proyecto de orden, a pesar de lo manifestado en el informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid en julio de 2014, decide iniciar nuevamente el procedimiento de modificación de la Orden y mantiene idéntico el texto del artículo sobre el que se formuló una observación esencial, razona y motiva en la Memoria porqué considera no aplicable al

proyecto normativo la citada observación esencial, dada la gravedad que puede suponer para la norma aprobada la existencia de un vicio tan importante.

Como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Comisión Jurídica Asesora en anteriores dictámenes, en relación con la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, no se puede dejar de observar la importancia de la citada memoria en el seno del procedimiento, que trasciende de su consideración como un mero trámite con independencia de su contenido, por lo que consideramos necesario que antes de su aprobación por el consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, se redacte una versión definitiva de la memoria, en la que se subsanen las deficiencias de contenido que hemos expuesto en las líneas anteriores.

Esta consideración tiene carácter esencial.

3.- En aplicación del artículo 24.2 de la Ley 50/1997, conforme al cual “*en todo caso, los proyectos de reglamentos habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica*” se ha unido al expediente el preceptivo informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería que promueve la aprobación de la norma.

4.- 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 informe 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, en concreto, por el Servicio Jurídico en la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, informe de 9 de agosto de 2016, que se remite, en cuanto a su contenido al informe del 31 de julio de 2014.

5.- Tras la derogación por la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, de los artículos 45 y 46 de la LEPAR, por los que se regulaba la Comisión Consultiva de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, y, en consecuencia, la supresión de la misma, ya no es preceptivo el informe de este órgano, como exigía la antigua redacción del artículo 23 de la citada ley en relación con la determinación del horario general de apertura y cierre de locales y establecimientos. Esta Comisión Consultiva de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas era un órgano colegiado consultivo del que formaban parte no solo representantes de la Administración de la Comunidad de Madrid, sino también del Ayuntamiento de Madrid, de la Federación Madrileña de Municipios, las asociaciones de empresarios, organizaciones de consumidores y usuarios, organizaciones sindicales, de jóvenes, de padres o de vecinos.

Ahora bien, el artículo 28 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, establece el carácter preceptivo del informe del Consejo de Consumo para las *“normas que afecten directamente a los consumidores”*. Según el citado precepto, *“el Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid se constituye como órgano consultivo, asesor, de participación y de coordinación interadministrativa, fomentándose en un seno de la colaboración entre los agentes sociales involucrados en el fenómeno de consumo y las distintas administraciones públicas que ejercen la tutela de los derechos de los consumidores, a fin de elevar su nivel de protección en el ámbito de la Comunidad de Madrid”*.

El proyecto de orden objeto de dictamen, en cuanto modifica el horario general de apertura de terrazas, es una norma que afecta, entre otros, a los consumidores.

Es cierto que en la tramitación de la norma que el proyecto de orden pretende modificar, la Orden 1562/1998, de 23 de octubre, de la Consejería de Presidencia, no se emitió informe por el Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid sin que el Consejo de Estado, en su Dictamen 2113/1998, de 24 de septiembre, hiciera alguna observación al respecto. Ahora bien esta Comisión Jurídica Asesora considera necesaria la emisión del mismo porque la Ley 11/1998, que crea el citado órgano, entró en vigor el 17 de julio de 1998 y no se desarrolló reglamentariamente hasta el Decreto 152/2001, de 13 de septiembre, por lo que era lógico que no se exigiese la emisión de su informe, lo que no sucede en el presente caso. Además, en ese caso sí emitió informe la Comisión Consultiva de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, donde estaban representadas también las organizaciones de consumidores y usuarios.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 30 de diciembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo nº 679/2006), en relación con el Decreto 93/2006, de 2 de noviembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, de desarrollo y ejecución de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco en la Comunidad de Madrid, declaró nula de pleno derecho la citada disposición, por la ausencia de un trámite esencial legalmente establecido en el procedimiento administrativo de elaboración según dispone el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como era el informe preceptivo del Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid.

Partiendo del concepto de consumidor y usuario establecido en el artículo 2 de la Ley 11/98, como *“aquellas personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes*

muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”, así como la protección que, respecto de los mismos establece el artículo 24 de la LEPAR, debe concluirse que la regulación de los horarios de los locales de espectáculos públicos y actividades recreativas, así como de otros establecimientos abiertos al público es una cuestión que afecta directamente a los consumidores y usuarios y que, por tanto, el Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid debe emitir informe preceptivo.

Esta observación es de carácter esencial.

6.- Por lo que se refiere al cumplimiento del trámite de audiencia e información pública, el artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, en desarrollo del mandato previsto en el artículo 105.a) de la Constitución, dispone que:

“elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable 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.

Este trámite podrá ser abreviado hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen.

Solo podrá omitirse dicho trámite cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan”.

La finalidad del trámite de audiencia es la de proporcionar al órgano administrativo correspondiente los datos necesarios para que la decisión a tomar sea la más conveniente, de modo que se garanticen los derechos e intereses de los posibles afectados y el interés público. Se trata de garantizar, a través de este trámite del procedimiento de elaboración, la legalidad, acierto y oportunidad de la disposición, como declara la Sentencia de 2 de diciembre de 2008 (recurso de casación 1997/2006).

De la dicción literal del transrito precepto se desprende que los trámites de audiencia a los ciudadanos afectados y de información pública no son sustitutivos, sino, en su caso, acumulativos. El primero tiene carácter preceptivo siempre que la disposición elaborada afecte a derechos e intereses legítimos de los ciudadanos –con las salvedades que después se precisarán- y supone un llamamiento personalizado dirigido bien directamente a los ciudadanos afectados, bien a las organizaciones o asociaciones representativas de sus intereses para que participen, si así lo estiman oportuno, en el proceso de elaboración de la norma formulando las alegaciones que consideren pertinentes en relación con la disposición proyectada. Sin embargo, la información pública solo procede cuando la naturaleza de la disposición así lo aconseje y tiene por objeto dar la posibilidad de que cualquier ciudadano, afectado o no en sus derechos e intereses por la norma sometida a información pública, pueda presentar las alegaciones que considere.

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley establece, en el artículo 24.1.d), “*no será necesario el trámite previsto en la letra anterior, si las organizaciones o asociaciones mencionadas hubieran participado por*

medio de informes o consultas en el proceso de elaboración indicado en el apartado b)".

Según la Memoria del análisis de impacto normativo de la directora general de Justicia y Seguridad, el proyecto de orden “*pudiera afectar a los intereses legítimos de los municipios de la Comunidad de Madrid y de los empresarios del sector que se incluyen en su ámbito de regulación*” y por ello se notifica a la Confederación de Empresarios de Madrid-CEIM, “*como entidad empresarial más representativa de la Comunidad de Madrid, en la que además tienen cabida numerosas asociaciones de hostelería y ocio*”, a la Federación Madrileña de Municipios, como “*organización aglutinadora de los municipios de la región*” y “*singularmente al Ayuntamiento de Madrid y a la Asociación de Hosteleros de la Viña, por la especial representatividad de ambos en los intereses objeto de la nueva regulación*”.

No consta en el expediente documentación acreditativa de las notificaciones practicadas, recogiéndose en la Memoria que “*las peticiones de informe de observaciones a las citadas entidades, ha sido formalizada en los respectivos escritos de petición dirigidos a los correspondientes destinatarios institucionales, cursados con fecha 11 de julio del corriente, por la Subdirección General de Política Interior*”. Asimismo se fundamenta la reducción del plazo en siete días, dada la falta de complejidad técnica de la modificación y debido a que se pretende que su entrada en vigor se produzca con la mayor inmediatez posible, “*al objeto del efectivo cumplimiento de su principal objetivo, que no es otro que configurarse como un instrumento de dinamización económica*”.

Como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho, han formulado alegaciones al proyecto de orden, la Asociación “La Viña”, la Asociación de Empresarios de Ocio Nocturno de la Comunidad de Madrid, “Noche Madrid” y el Ayuntamiento de Madrid, por lo que se

puede dar por cumplimentado correctamente el trámite respecto a las Asociaciones citadas, así como a la Federación Madrileña de Municipios.

No puede decirse lo mismo, en cambio, respecto de la Confederación de Empresarios de Madrid CEIM que, al no haber formulado alegaciones, y no existir constancia documental en el expediente remitido a esta Comisión Jurídica Asesora de la notificación del trámite de audiencia, no permite dar por cumplimentado dicho trámite.

Además, se observa que la concesión del trámite de audiencia a la Federación Madrileña de Municipios y a la Confederación de Empresarios de Madrid-CEIM es insuficiente, porque existen otros ciudadanos que pueden tener derechos e intereses legítimos afectados por el proyecto de orden. En este sentido, debe recordarse que en la Comisión Consultiva de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, cuyo informe era preceptivo en la antigua redacción del artículo 23 LEPAR (suprimida tras la derogación por la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, de los artículos 45 y 46 de la LEPAR) no solo estaban representados los municipios y las asociaciones de empresarios, sino también otros sectores como organizaciones de consumidores y usuarios, organizaciones sindicales, organizaciones de jóvenes, de padres o de vecinos, sectores a los que también se les debería haber dado audiencia. Audiencia de la que solo podría haberse prescindido si dichas organizaciones hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración, lo que no ha sucedido en el presente caso.

Esta consideración tiene carácter esencial.

7.- Por último, para finalizar con los aspectos procedimentales, se observa que el proyecto de orden no se ha insertado en el portal de

transparencia de la Comunidad de Madrid, tal y como establece el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que dispone que: *"Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, publicarán: (...) c) Los proyectos de Reglamentos cuya iniciativa les corresponda. Cuando sea preceptiva la solicitud de dictámenes, la publicación se producirá una vez que estos hayan sido solicitados a los órganos consultivos correspondientes sin que ello suponga, necesariamente, la apertura de un trámite de audiencia pública".*

CUARTA.- Cuestiones materiales.

Procede a continuación analizar el contenido de la norma proyectada que se limita a modificar el artículo 2.C).3 de la Orden 1562/1998, en relación con el horario de las terrazas de bares, cafeterías o restaurantes.

En relación con las terrazas que, al igual que la normativa anterior, y conforme con el Decreto 184/1998, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas, Establecimientos, Locales e Instalaciones se consideran anexas o accesorias a establecimientos de cafeterías, bares, restaurantes y asimilables y en las que se practican las mismas actividades que en el establecimiento de que dependen, introduce como novedad la posibilidad de que puedan iniciar su actividad a partir de las ocho horas (no a las diez de la mañana, conforme a la normativa anterior) o el propio de apertura del establecimiento (si éste abre con posterioridad a dicha hora).

La fijación del horario de las terrazas es una cuestión de oportunidad sobre la que el consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno tiene competencia para regular, pues así resulta de la dicción del artículo 23 LEPAR.

El apartado segundo del artículo 2.C).3 de la Orden 1562/1998, cuya modificación se pretende establecía:

“Sin embargo, en atención a las posibles características sociológicas, medioambientales y urbanísticas concurrentes, dichos horarios podrán ser ampliados por la Comunidad de Madrid, o simplemente reducidos por los Ayuntamientos respectivos con ocasión de la concesión de las licencias de funcionamiento de las mismas, o bien posteriormente”.

En la modificación propuesta en el proyecto de Orden se suprime la referencia a la posibilidad de ampliación por la Comunidad de Madrid, lo cual es conforme con el artículo 23.2 en la redacción dada por la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, que atribuye la competencia de ampliación de los horarios, en determinadas circunstancias, a los Ayuntamientos. Así, el artículo 23.2 LEPAR dispone:

“Los Ayuntamientos, con carácter excepcional, y caso por caso para cada local, establecimiento o actividad que lo solicite, podrán autorizar ampliaciones o reducciones de horarios, en atención a las peculiaridades de las poblaciones, condiciones de insonorización, afluencia turística o duración del espectáculo”.

Se observa que la nueva redacción propuesta no contiene referencia alguna a la posibilidad de ampliación de los horarios por los Ayuntamientos, tal y como prevé el artículo 23.2 LEPAR, lo que podría determinar una ilegalidad omisiva.

Sobre la ilegalidad omisiva existe una abundante y reiterada jurisprudencia que se resume, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2016 (recurso de casación 346/2013) y 29 de junio de 2016 (recurso de casación 925/2014) que declaran que, únicamente, es apreciable una ilegalidad omisiva

controlable en sede jurisdiccional cuando el silencio del Reglamento determina la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico o, al menos, cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación legal establecida por la Ley o la Directiva que el Reglamento trata de desarrollar y ejecutar o de transponer.

En el presente caso se observa que, junto con la falta de mención de la potestad excepcional de ampliación de horarios por los Ayuntamientos en el artículo 2.C).3, el proyecto de Orden mantiene la regulación contenida en los artículos 3 y 4 de la Orden 1562/1998, sobre la modificación de horarios (ampliación o reducción). En concreto, en relación con la ampliación de horarios mantiene la competencia de la Comunidad de Madrid y regula el procedimiento, en contra de lo dispuesto en el artículo 23.2 LEPAR, que tras su modificación por la Ley 8/2012, atribuyó dicha competencia a los Ayuntamientos porque, según expone su preámbulo, *“la experiencia desde la entrada en vigor de la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, aconseja que, por la mayor proximidad de la Administración municipal al sector de los espectáculos públicos y las potestades de inspección que el artículo 30 de la citada ley atribuye a los Ayuntamientos, sean estos los que autoricen no solo la reducción de horarios de apertura de este tipo de actividades y espectáculos, sino también, y con carácter excepcional, su ampliación, teniendo en cuenta las peculiaridades de las poblaciones, las condiciones de insonorización de los locales, la afluencia turística o la duración de los espectáculos”*.

Aunque los citados preceptos deben entenderse derogados tácitamente tras la reforma operada en la LEPAR por la Ley 8/2012, la

tramitación de un procedimiento de modificación de la Orden debería incluir la supresión de los citados preceptos.

En caso contrario, la falta de mención de la potestad de ampliación de los horarios por los Ayuntamientos en el artículo 3.C).2 del proyecto de orden junto con el mantenimiento del precepto relativo a la ampliación de los horarios por la Comunidad de Madrid podría determinar una ilegalidad omisiva al regular una situación jurídica contraria a lo establecido en el artículo 23.2 LEPAR.

Esta consideración es esencial.

QUINTA.- Cuestiones formales y de técnica normativa.

En términos generales el proyecto de decreto se ajusta a las directrices de técnica normativa aprobadas mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, que resultan de aplicación.

De acuerdo con la Directriz 16, en la fórmula promulgatoria, la referencia al dictamen de la Comisión Jurídica Asesora se realizará usando las fórmulas, según proceda, de “oído” o “de acuerdo con” la Comisión Jurídica Asesora.

En el artículo único la palabra Orden aparece repetida.

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

CONCLUSIÓN

Solo si son atendidas las observaciones efectuadas en el cuerpo del presente dictamen, que tienen carácter esencial, procedería someter al

consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno el proyecto de orden por el que se modifica la Orden 1562/1998, de 23 de octubre, de la Consejería de Presidencia, por la que se establece el régimen relativo a los horarios de los locales de espectáculos públicos y actividades recreativas, así como de otros establecimientos abiertos al público

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

Madrid, a 6 de septiembre de 2016

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 387/16

Excmo. Sr. Consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno

C/ Pontejos nº 3 - 28012 Madrid