

Dictamen nº: **486/16**
Consulta: **Consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras**
Asunto: **Proyecto de Reglamento Ejecutivo**
Aprobación: **27.10.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 27 de octubre de 2016 sobre la consulta formulada por el Consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, al amparo del artículo 5.3.c) de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, por la que se somete a dictamen el proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 181/1996, de 5 de diciembre, por el que se regula el régimen de depósito de fianzas de arrendamientos en la Comunidad de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, con fecha 27 de septiembre de 2016 y con entrada en esta Comisión Jurídica Asesora el día 29 del mismo mes, formuló preceptiva consulta correspondiendo su ponencia por reparto de asuntos a la letrado vocal Dña. María del Pilar Rubio Pérez de Acevedo que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por unanimidad, en la reunión del Pleno de esta Comisión Jurídica, en su sesión de 27 de octubre de 2016.

SEGUNDO.- Contenido del proyecto de decreto.

La finalidad del proyecto normativo sometido a dictamen consiste en la modificación de diversos preceptos del Decreto 181/1996, de 5 de diciembre, por el que se regula el régimen de depósito de fianzas de arrendamientos en la Comunidad de Madrid (en adelante, Decreto 181/1996).

El proyecto consta de una parte expositiva en la que se afirma que el procedimiento de depósito de las fianzas ha devenido obsoleto lo que conlleva su modificación con el fin de facilitar sus trámites para adaptarlo a las nuevas tecnologías y permitir una gestión administrativa más ágil y eficaz acorde con las nuevas fórmulas de gestión de la Administración basadas en principios de eficacia y eficiencia en su relación con el ciudadano. Para ello, indican, es necesario eliminar el soporte documental tanto del justificante bancario de ingreso como del contrato para la acreditación del depósito, sin perjuicio de la posibilidad de que la Administración pueda verificar en cualquier momento los datos declarados mediante el requerimiento de la correspondiente documentación. Este mismo fin se persigue respecto a la devolución de la fianza.

En otro orden de cosas, señala la parte expositiva, la modificación introduce un nuevo porcentaje de recargo a aplicar en caso de ingreso fuera de plazo lo que implica un tratamiento más ajustado ante situaciones diferentes; mayor claridad en el cómputo del plazo para el depósito de la fianza; modificaciones en el texto para una mejor adaptación a un desarrollo normativo en materia de procedimientos telemáticos para el Régimen Especial Concertado, la sustitución de las referencias al Instituto de la Vivienda de Madrid por la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid así como de la referencia a la denominación en pesetas por la de euros.

La parte dispositiva del proyecto consta de un artículo único, integrado por trece apartados, una disposición transitoria y una disposición final.

En concreto, el artículo único modifica los artículos 2.4, 4, 6, 7.2, 8, 9, 13, 14, 15.1, 16, 17, 18.3 y la disposición final primera del Decreto 181/1996.

TERCERO.- Contenido del expediente remitido

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

1.- Proyecto de decreto, fechado el 24 de mayo de 2016, sometido a información pública.

2.- Memoria del análisis de impacto normativo de 24 de mayo de 2016.

3.- Resolución de 27 de mayo de 2016 del Secretario General Técnico de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras acordando la apertura del trámite de información pública (“Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid” nº 130, de 2 de junio de 2016).

4.- Bloque constituido por los siguientes documentos:

4.1.- Escrito de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno en el que no se realizan observaciones.

4.2.- Observaciones formuladas por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda relativas a aspectos formales de técnica formativa.

4.3.- Escrito formulado por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Políticas Sociales y Familia en el que no se realizan observaciones al texto proyectado pero en el que se advierte de la necesidad de incorporar el informe de la Dirección General de la Mujer sobre el impacto por razón de género y el de la Dirección General de la Familia y el Menor sobre el impacto en la familia, infancia y adolescencia

4.3.1.- Informe de Impacto por razón de género emitido por la Directora General de la Mujer el 16 de junio de 2016.

4.3.2.- Informe de la Dirección General de la Familia y el Menor sobre el impacto en familia, infancia y adolescencia de 20 de junio de 2016.

-Escritos de las Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías de Sanidad (4.4), Educación, Juventud y Deporte (4.5) y Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio (4.6) en los que se indica que no existen observaciones que formular.

5.- Informe de la Dirección General de Presupuestos y Recursos Humanos de 14 de junio de 2016.

6.- Informe de la Dirección General de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano de 1 de julio de 2016, de carácter favorable.

7.- Certificado de 1 de julio de 2016, del Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid, en el que figura el carácter favorable del informe emitido por dicho órgano.

8.- Informe de 27 de junio de 2016 de la Directora Gerente de la Agencia de Vivienda Social sobre las observaciones presentadas por las Secretarías Generales Técnicas.

9.- Proyecto de Decreto fechado el 27 de junio de 2016.

10.- Informe de 5 de julio de 2016 de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras.

11.- Alegaciones del Ilustre Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid de 24 de agosto de 2016 (11.1), del Ilustre Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid de 23 de agosto de 2016 (11.2) y notificación del trámite de audiencia a PROMADRID (Asociación para la Defensa de la Propiedad Urbana de Madrid) efectuado el 1 de septiembre de 2016 (11.3).

12.- Informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid de 4 de agosto de 2016.

13.- Informe de 20 de septiembre de 2016 de la Directora Gerente de la Agencia de Vivienda Social relativo a las observaciones formuladas por las asociaciones interesadas en el trámite de audiencia.

14.- Informe de 20 de septiembre de 2016 de la Directora Gerente de la Agencia de Vivienda Social relativo a las observaciones formuladas por la Abogacía General.

15.- Proyecto de Decreto de 9 de septiembre de 2016, tras el trámite de audiencia y el informe de la Abogacía General.

16.- Memoria del análisis de impacto normativo de 20 de septiembre de 2016.

17.- Informe de 27 de septiembre de 2016 sobre solicitud de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora.

18.- Certificado del acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de septiembre de 2016 sobre 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, por tratarse de un proyecto de decreto por el que se modifica otro decreto vigente, a solicitud del Consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, órgano legitimado para ello en virtud de lo dispuesto en 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.

SEGUNDA.- Habilitación legal y competencial.

La Constitución Española establece, como principio rector de la política económica y social, en su artículo 47 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*”.

Por su parte, el artículo 148.1.3^a de la Constitución Española permite que las Comunidades Autónomas asuman competencias en este campo. Así lo hizo la Comunidad de Madrid en el artículo 26.1.1.4 de su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero que le atribuye con carácter exclusivo la competencia en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

Sobre la base de esta previsión estatutaria el Real Decreto 1115/1984, de 8 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Madrid en materia de patrimonio arquitectónico, control de calidad de edificación y vivienda, atribuyó a esta última *"la titularidad y la administración de las fianzas y concierto de fianzas correspondientes a inmuebles sitos o suministros prestados en el territorio de la Comunidad de Madrid"* (Anexo I E) 6.). De la anterior previsión, como ya señaló el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 143/09, de 11 de marzo, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de diciembre de 2001 (recurso número 4064/1995) dedujo que la Comunidad de Madrid había asumido la competencia para exigir la constitución de los depósitos en lo sucesivo y no sólo la administración de los ya constituidos.

El depósito gratuito de fianzas de arrendamientos y de suministros o servicios complementarios de las viviendas o locales de negocio se reguló, por primera vez, en el Decreto de 26 de octubre de 1939, modificado por el de 11 de marzo de 1949, que lo configuró como una obligación sujeta a inspección y a un régimen sancionador incorporado al propio Decreto. Para justificar el depósito se introdujo un efecto timbrado, denominado *"papel fianza"*, que emitía el Instituto Nacional de la Vivienda.

El Decreto de 1949 mantuvo su vigencia con las sucesivas leyes de arrendamientos, tanto de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955, Texto Articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, como de la Ley 40/1964, de 11 de junio, cuyo Texto Refundido fue aprobado por el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre.

Por su parte, el Real Decreto-Ley 12/1980, de 26 de septiembre, para impulsar las actuaciones del Estado en materia de viviendas y suelo, contemplaba en su artículo 5º.2.e) estos depósitos como uno de los medios económicos del Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda.

Efectuado el traspaso de competencias en materia de patrimonio arquitectónico, control de calidad de edificación y vivienda por el Real Decreto 1115/1984, la Ley 1/1993, de 14 de enero, de reordenación de funciones y organización del Organismo Autónomo Instituto de la Vivienda de Madrid, contempló como medios económicos en su artículo 6 h) “*un setenta por ciento del total de las fianzas de alquileres, que obligatoriamente deberán depositar los propietarios a disposición del organismo, de acuerdo con las normas reguladoras de la materia*”.

Finalmente, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU), dictada al amparo de la competencia exclusiva que el Estado tiene en materia de legislación civil, atribuida por el artículo 149.1.8^a de la Constitución Española, mantiene esta obligación en su artículo 36.1, al establecer que “*a la celebración del contrato será obligatoria la exigencia y prestación de fianza en metálico en cantidad equivalente a una mensualidad de renta en el arrendamiento de vivienda y de dos en el arrendamiento para uso distinto del de vivienda*”, añadiendo la disposición adicional tercera que “*las Comunidades Autónomas podrán establecer la obligación de que los*

arrendadores de finca urbana sujetos a la presente Ley depositen el importe de la fianza regulada en el artículo 36.1 de esta Ley, sin devengo de interés, a disposición de la Administración Autonómica o del ente público que se designe hasta la extinción del correspondiente contrato. Si transcurrido un mes desde la finalización del contrato, la Administración Autonómica o el ente público competente no procediere a la devolución de la cantidad depositada, ésta devengará el interés legal correspondiente”, manteniendo la disposición derogatoria la vigencia del Decreto de 11 de marzo de 1949 en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma hasta que éstas dictaran las disposiciones reguladoras del depósito de fianza.

El preámbulo de la LAU justifica la regulación por las Comunidades Autónomas de este depósito obligatorio sin interés en que “*los rendimientos generados por estos fondos se han revelado como una importante fuente de financiación de las políticas autonómicas de vivienda, que se considera debe de mantenerse*”.

Como señala el Consejo de Estado en su Dictamen 917/1995, de 15 de junio, emitido al proyecto de Decreto de la Generalidad Valenciana por el que se regula el régimen de fianzas por arrendamientos de fincas urbanas y prestaciones de servicios o suministros complementarios:

“De los indicados antecedentes legales se desprende que los depósitos gratuitos a que se refiere el Proyecto se constituyen con arreglo a la ley, tal como previene la Constitución en su artículo 31.3. Y aunque frecuentemente se designen bajo la expresión fianza arrendaticia, quedan comprendidas en su ámbito las fianzas constituidas por suministros o servicios de que se beneficie la finca arrendada, tal como pone de manifiesto su regulación, que desde un principio englobó bajo un mismo concepto ambos tipos de fianza.

La circunstancia de haberse transferido esas prestaciones a las Comunidades Autónomas no implica su establecimiento ex novo por las Comunidades beneficiarias de la transferencia, tal como pretende alguno de los alegantes en el trámite de información pública. Se trata, de una materia ya transferida al amparo del Estatuto de Autonomía”.

Por ello, puede concluirse –como señala el Consejo de Estado en el citado Dictamen- que lo establecido en la disposición adicional tercera de la LAU es una mayor disponibilidad a favor de las Comunidades Autónomas, “que ahora podrán establecer por vía de Reglamento los términos de la considerada prestación patrimonial, dentro claro está, de los límites que marca la Ley estatal. No se trata de imponer el depósito gratuito, que ya viene establecido en el artículo 36.1 de la misma Ley, sino de asumirlo y reglamentarlo en el ámbito de la Comunidad Autónoma”.

En el ejercicio de esta competencia, la Comunidad de Madrid dictó el Decreto 181/1996, de 5 de diciembre, por el que se regula el régimen de depósito de fianzas de arrendamientos en la Comunidad de Madrid, y la Ley 12/1997, de 4 de junio, reguladora de las actuaciones inspectoras y de la potestad sancionadora en materia de depósito de fianzas de arrendamientos de la Comunidad de Madrid (en adelante, Ley 12/1997). Según el preámbulo de esta Ley:

“La configuración de las fianzas de arrendamientos, suministros y servicios complementarios como un elemento de la política de control social de vivienda, destinando los recursos generados con esos fondos a la promoción pública de viviendas y a obras de rehabilitación y remodelación de las zonas más desprotegidas, con especial incidencia en las actuaciones de erradicación de la infravivienda y el chabolismo, y en los planes de vivienda juvenil,

ha constituido, probablemente, el motivo por el que el legislador estatal, en representación de la soberanía popular, ha optado por mantener en la citada Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, la obligatoriedad de la exigencia y presentación de fianza.

La Comunidad de Madrid, al amparo de lo expuesto, inició la regulación del procedimiento de depósito obligatorio de las fianzas derivadas de los contratos de arrendamiento de fincas urbanas así como de las procedentes de los contratos de suministros y servicios complementarios a accesorios, respetando en líneas generales el esquema tradicional previsto en el Decreto de 11 de marzo de 1949 sobre fianza de arrendamientos, si bien con las necesarias adaptaciones que el marco de un ordenamiento jurídico distinto exige. A dichas exigencias obedece la presente, estableciendo la disciplina de las potestades administrativas sujetas a reserva de Ley por imperativo de lo dispuesto en los artículos 25 y 149.1.18.a de la Constitución, y de acuerdo con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

Respecto al proyecto de decreto objeto de análisis, en cuanto disposición modificativa de una norma de igual rango, corresponde al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid la competencia para su aprobación, conforme al artículo 21.g) de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración. Adopta la forma de Decreto del Consejo de Gobierno, por ser una disposición de carácter general emanada de dicho órgano *ex artículo 50.2 de la precitada Ley*.

De cuanto antecede, se infiere que la Comunidad de Madrid ostenta título competencial suficiente para dictar la norma y que ésta goza de la suficiente cobertura legal.

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

Como viene destacando esta Comisión en numerosos dictámenes, 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 Española 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, que contempla en su artículo 24 el procedimiento de elaboración de los reglamentos, aplicable al proyecto que analizamos de conformidad con la disposición transitoria tercera de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), en virtud de la cual, los procedimientos de elaboración de normas que se hallaren en tramitación a la entrada en vigor de esta Ley se sustanciarán de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente en el momento en que se iniciaron.

Asimismo, al tratarse de un procedimiento iniciado antes de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) tampoco se aplican los preceptos de esta ley relativos a la iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones.

En el proyecto analizado, además del artículo 24 de la Ley del Gobierno, ha de tenerse en cuenta el Real Decreto 1083/2009, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, teniendo presentes diversas especialidades procedimentales recogidas de forma dispersa en la normativa madrileña.

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

En el caso objeto de dictamen, la norma proyectada es propuesta por la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, que tiene 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.

En concreto, la elaboración del proyecto se ha llevado a cabo por la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid, organismo autónomo mercantil de carácter comercial y financiero, adscrito a la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, que goza de personalidad jurídica propia e independiente, con plena capacidad jurídica y de obrar y patrimonio propio, que tiene atribuidas, entre otras, la función relativa a la gestión de la titularidad, administración y concierto de las fianzas correspondientes a los inmuebles sitos o suministros prestados en el ámbito de la Comunidad de Madrid (artículo 1 del Decreto 244/2015, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la organización, estructura y régimen de funcionamiento de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid).

El expediente consta de sendas memorias del análisis de impacto normativo elaboradas por la directora gerente de la Agencia de la Vivienda Social. La primera, el 24 de mayo de 2016, al inicio del procedimiento de elaboración de la norma; la segunda, de 20 de septiembre de 2016, al final de su elaboración, con carácter previo a la remisión del proyecto a esta Comisión.

En ambos documentos se recogen los objetivos de la norma con el objeto de acreditar su necesidad y oportunidad.

Se hace constar, a efectos de su impacto económico y presupuestario, que no implica gasto para la Comunidad de Madrid sino un ahorro en cuanto a los medios empleados y un aumento de ingresos como consecuencia del incremento del porcentaje de recargo del dos al cinco por ciento en determinados supuestos.

Se expresa que la norma no tiene efectos sobre la competencia en el mercado porque no introduce elementos distorsionadores de la misma y supondrá una rebaja de las cargas administrativas y se afirma que tampoco introduce elementos que pudieran suponer algún tipo de barrera u obstáculo a la unidad de mercado.

Indica que no se aprecia impacto de género por tratarse de una disposición cuyo objeto consiste en regular el procedimiento de depósito de fianzas y se aplica de igual manera a ambos géneros sin que puedan derivarse situaciones de discriminación. La Dirección General de la Mujer considera que no tiene impacto por tratarse de una norma modificativa de otra y de carácter técnico, organizativo y procedural.

Se recoge que la norma proyectada carece, por su ámbito material, de impacto alguno en la infancia y adolescencia, de conformidad con el artículo 22 quinquies de la Ley Orgánica 1/1996,

de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y en la familia, de acuerdo con la disposición adicional décima de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

La memoria señala, igualmente, que no se aprecia impacto en materia de accesibilidad y supresión de barreras, igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal ni se prevén otros impactos distintos de los señalados.

La memoria no recoge los informes previstos en los artículos 45 de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad de Madrid y artículo 21.2 de la Ley 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 habida cuenta que su tramitación se inició con anterioridad a dichas normas y, además, en el caso del citado artículo 21.2 no se ha producido el desarrollado reglamentario exigido en el precepto.

Ahora bien, la versión definitiva de la memoria del análisis de impacto, elaborada antes de la remisión del proyecto a esta Comisión, recoge los informes solicitados y trámites realizados, pero no el modo en que se tienen en cuenta.

Por tanto, el proyecto de decreto sometido a dictamen adolece de ciertos defectos de índole procedural pues las observaciones formuladas en el procedimiento, los informes emitidos, el resultado del trámite de audiencia y la consideración que les concede el órgano promotor del proyecto deben recogerse en la memoria por así exigirlo el artículo 2.3 del Real Decreto 1083/2009 según el cual: “*(...) la versión definitiva de la Memoria incluirá la referencia a las consultas realizadas en el trámite de audiencia, en particular a las comunidades autónomas, y otros informes o dictámenes exigidos por el ordenamiento jurídico*

evacuados durante la tramitación, con objeto de que quede reflejado el modo en que las observaciones contenidas en estos, así como el resultado del trámite de audiencia, hayan sido tenidas en consideración por el órgano proponente de la norma”.

De igual forma, la memoria ha de incorporar la evaluación del impacto sobre identidad de género, en virtud de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid.

A este respecto, nuestros dictámenes 51/16, de 28 de abril y 387/16, de 6 de septiembre ya han destacado la importancia que a dicha memoria ha otorgado la jurisprudencia del Tribunal Supremo que no ha dudado en declarar nulos de pleno derecho los reglamentos aprobados sin dicha memoria o con una memoria inadecuada, así las sentencias de 25 de octubre de 2000 (recurso 1558/1995), 27 de mayo de 2008 (recurso 2686/2004) o 27 de noviembre de 2006 (recurso 53/2005) y la reciente sentencia de 6 de octubre de 2015 (recurso 2676/2012).

De ahí que se considere que la memoria debe ser completada en el sentido expuesto.

Por otra parte, han evacuado informes las Secretarías Generales Técnicas de todas las 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, formulando observaciones de carácter formal al texto únicamente la de Economía, Empleo y Hacienda las cuales han sido tenidas en cuenta por la Dirección Gerencia de la Agencia de la Vivienda Social.

El artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno, en desarrollo del mandato previsto en el artículo 105 a) de la Constitución Española, 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 sometido a información pública durante el plazo indicado”.

A estos efectos, se ha concedido el trámite de audiencia al Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid, al Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid y a PROMADRID (Asociación para la Defensa de la Propiedad Urbana de Madrid), al considerarse, según la memoria, que dichas asociaciones garantizan de forma ágil y con las debidas garantías, la defensa de los intereses generales afectados. El Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid y el de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid formularon alegaciones mediante sendos escritos de 23 de agosto de 2016 que fueron informadas por la Agencia de Vivienda Social el siguiente 2 de septiembre. A la Asociación para la Defensa de la Propiedad Urbana de Madrid (PROMADRID) se le notificó el trámite de audiencia el 1 de septiembre de 2016 y no ha presentado alegaciones.

Asimismo, por Resolución de 27 de mayo de 2016 del Secretario General Técnico se ha concedido un trámite de información pública por un plazo de quince días hábiles. En el expediente se refleja que no se han presentado alegaciones.

Para cumplir lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Ley del Gobierno, se ha incorporado el informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería que promueve la aprobación de la norma.

Figura el informe del Servicio Jurídico en la Agencia de la Vivienda Social con el visto bueno del Abogado General, cumpliéndose así la previsión del artículo 4.1.a) de la Ley 3/1999, de 30 marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

Igualmente, el proyecto ha sido dictaminado por el Consejo de Consumo de acuerdo con 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).

Se ha cumplido el requisito de la emisión de informe por la Dirección General de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano, exigido por 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.

Ha emitido informe la Dirección General de Presupuestos y Recursos Humanos de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional primera de la Ley 6/2015, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2016,

en el que se indica que la aprobación del presente proyecto no implica gasto para la Hacienda de la Comunidad de Madrid, al contrario, en la medida en que el nuevo procedimiento de depósito no requiere aportación de documentación, supondrá un ahorro o reducción en los medios empleados, también supondrá un aumento de ingresos como consecuencia del incremento del porcentaje de recargo. Por lo que concluye: *“De acuerdo con todo lo anterior, esta Dirección General no ve inconveniente a la tramitación del proyecto de decreto de referencia, y su elevación para aprobación por el Consejo de Gobierno”.*

Por último, se observa que el texto proyecto de decreto que se sometió al trámite de audiencia y a información pública y que ha sido informado por los órganos citados, ha sufrido una modificación como consecuencia de la incorporación al mismo de las observaciones efectuadas por el Servicio Jurídico.

Esta Comisión Jurídica Asesora no considera que las modificaciones introducidas tengan carácter sustantivo, de manera que no es necesario que los distintos órganos preinformantes vuelvan a pronunciarse sobre el proyecto ni tampoco requieren de un nuevo trámite de audiencia e información pública.

En este sentido caber recordar lo expuesto por la jurisprudencia, valga por todas la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2013 (recurso contencioso-administrativo 171/2012) en caso de modificaciones no sustanciales:

“(…) solo cuando las modificaciones introducidas en el texto definitivo no son sustanciales resulta innecesaria una nueva audiencia y examen por el Consejo de Estado; de manera que es entonces cuando las discordancias entre el proyecto inicial, objeto de audiencia y dictamen, y el texto definitivo no son determinantes de la nulidad de la norma aprobada”.

CUARTA.- Cuestiones materiales.

Procede analizar el contenido del proyecto de decreto siguiendo su estructura, esto es, examinando su articulado, teniendo en cuenta el carácter discrecional de la potestad reglamentaria (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1983, recurso 647/2000).

El artículo único está dividido en trece apartados cada uno relativo a la modificación de un precepto del Decreto 181/1996.

El apartado uno introduce un nuevo párrafo en el apartado 4 del artículo 2 del Decreto citado por el que se faculta a la Agencia de Vivienda Social para que lleve a cabo, en cualquier momento, la verificación del cumplimiento de la actualización de la fianza, solicitando la aportación del contrato o contratos que ocasionen el depósito y demás documentación que se considere necesaria. En la memoria del análisis de impacto normativo se justifica esta posibilidad de verificación a efectos de la actualización de los importes de las fianzas como consecuencia de las actualizaciones de renta porque la Agencia no dispondrá de documentación si el depósito se ha efectuado con el nuevo procedimiento previsto en el proyecto normativo.

El apartado dos confiere nueva redacción al artículo 4, “*Depósito de fianzas*”. En sus apartados 1 y 3, actualiza la denominación del organismo toda vez que el artículo 7.4 del 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, ha dispuesto que el Instituto de la Vivienda de Madrid pase a denominarse Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid. En su apartado 2, precisa que el plazo que se establece ha de contarse desde el día siguiente al de la fecha de celebración del contrato. Por último, se suprime el apartado 5.

En cuanto al apartado 2, se reputa innecesaria la referencia a los días “hábiles” pues en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.2 de la LPAC: “*Siempre que por Ley o en el Derecho de la Unión Europea no se exprese otro cómputo, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, los domingos y los declarados festivos*”. Esta misma observación es prelicable del artículo 7.2.

El apartado 5 del artículo 4 (“*El Instituto podrá disponer del 70 por 100 del importe total de los depósitos y reservará el 30% restante para las devoluciones que procedan*”) tenía su fundamento en la primitiva redacción del artículo 6 h) de la Ley 1/1993, de 14 de enero, de Reordenación de Funciones y Organización del Organismo Autónomo Instituto de la Vivienda de Madrid, relativo a sus medios económicos, que señalaba: “*h) Un 70 por 100 del total de las fianzas de arrendamientos que obligatoriamente deben depositar los propietarios a disposición del Organismo, de acuerdo con las normas reguladoras de la materia*”. La redacción de este apartado fue modificada por el artículo 65.2 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre: “*h) El importe de las fianzas de arrendamientos que obligatoriamente deben depositar los propietarios a disposición del organismo, de acuerdo con las normas reguladoras de la materia*” pues, de acuerdo con el Preámbulo de la citada Ley “*se permite a dicho organismo emplear la totalidad de los recursos generados por las fianzas de arrendamientos para la ejecución de la política social de vivienda de la Comunidad de Madrid*”. La Ley 1/1993 ha sido derogada pero la redacción de este precepto se ha mantenido idéntica en el artículo 12 h) del Decreto 244/2015, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la organización, estructura y régimen de funcionamiento de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid. En consecuencia, la supresión que se pretende supone la adaptación del Decreto 181/1996 a la normativa vigente.

El apartado tres contempla la modificación del artículo 6, “*Ingreso fuera de plazo*”, que tendrá la siguiente redacción: “*El ingreso de la fianza fuera del plazo previsto en el artículo 4 soportará un recargo del 2 por 100 del importe de la misma, salvo que hubiera transcurrido más de un año desde la fecha de celebración del contrato, en cuyo caso se aplicará un recargo del 5 por 100*”. Así, respecto a la redacción inicial, se sustituye el término “depósito” por el de “ingreso” de la fianza y se aumenta el recargo por ingreso fuera de plazo al cinco por ciento, cuando hubiera transcurrido más de un año desde la fecha de celebración del contrato.

Como se ha expuesto en la Consideración Jurídica Segunda, prevista la obligación del depósito gratuito de la fianza de arrendamientos en la LAU, la Ley 12/1997 tipifica como infracción grave el incumplimiento de la obligación de depósito de la fianza y la no exigencia de la prestación de fianza o hacerlo por cuantía inferior a la obligada que presupone, para la comisión de la infracción, un requerimiento previo de la Administración. Mientras no se produzca este requerimiento previo, el arrendador obligado a efectuar el ingreso puede realizarlo fuera del plazo establecido y su conducta no está tipificada como infracción porque no se trata de un incumplimiento total, sino un retraso en el cumplimiento de su obligación, por lo que lo procedente es la imposición de un recargo y no una sanción.

El artículo 5.2 de la Ley 12/1997, al regular las actuaciones de Inspección distingue estos dos conceptos al disponer:

“*Si durante la actuación inspectora se constatase el incumplimiento de la obligación de depósito de las fianzas exigidas y prestadas, el inspector presentará al interesado una Propuesta de Regularización, extendiendo Acta por dicho concepto si la propuesta fuere aceptada.*

La regularización deberá efectuarse en el plazo máximo de treinta días hábiles y soportará el recargo correspondiente, así como la sanción que, en su caso, proceda. Si el obligado no cumpliera con la regularización aceptada en dicho plazo, el inspector extenderá Acta complementaria de Disconformidad a los efectos que se exponen en el párrafo siguiente”.

El recargo, definido por la RAE como “*cantidad o tanto por ciento en que se incrementa la deuda, por lo general a causa del retraso en un pago*”, no supone una sanción. Así lo ha considerado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 164/1995, de 13 de noviembre y 141/1996, de 16 de septiembre sobre la naturaleza de los recargos tributarios. Ésta última dice:

«En relación a los recargos del 10 por 100, este Tribunal llegó a la conclusión de que los mismos carecían de carácter sancionador al no ser su función represiva (esto es, al no estar diseñados como castigos del ilícito cometido); sino que, además de justificarse -al menos en parte- como resarcimiento inmediato, cumplían una función "coercitiva, disuasoria o de estímulo" semejante a la de las medidas coercitivas respecto al pago de la deuda tributaria, excluyendo, por otra parte, la aplicación de más severas medidas sancionadoras. Efectivamente, según se afirma en la STC 164/1995 -a cuya doctrina se remiten las SSTC 171/1995, de 21 de noviembre, 198/1995, de 21 de diciembre, 44/1996, de 13 de marzo, y 141/1996, de 16 de septiembre-, la funcionalidad del recargo del 10 por 100 "no es la de una sanción en sentido propio, pues no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente sino un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones tributarias o, lo que es lo mismo, una disuasión para el incumplimiento" (FJ 5)».

Según la STC 164/1995,

“... el recargo integra una penalización económica en caso de retraso en el pago para tratar de conseguir que éste se produzca dentro de plazo. En este sentido, su función es similar a la de la cláusula penal que pueden convenir las partes, en virtud de su autonomía de la voluntad, para impulsar el cumplimiento de las obligaciones en las relaciones privadas, que viene contemplada en los arts. 1.152 y sigs. C.C. (a la que también las partes, en virtud de aquella autonomía, pueden dar distintas configuraciones) y que prevé también el legislador en el ámbito de la contratación administrativa (art. 96 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas), precisamente para el caso de demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones (penalidades por demora) y como medio para estimular el cumplimiento puntual de las mismas.

Sin embargo, el hecho de que los recargos tengan esa función coercitiva, disuasoria o de estímulo (lo que les da, como ha destacado alguna doctrina, un cierto matiz sancionatorio) no los convierte en sanciones en sentido propio, por cuanto su función no es represiva, siempre y cuando, como ya hemos advertido, cuantitativamente no alcancen el valor de las sanciones (ni siquiera de las atenuadas). La funcionalidad del recargo (como la de la cláusula penal en la contratación privada o en la contratación administrativa) no es la de una sanción en sentido propio, pues no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente sino un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones tributarias o, lo que es lo mismo, una disuasión del incumplimiento”.

Sobre la naturaleza del recargo previsto por la falta de ingreso de la fianza de arrendamientos, el Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de mayo de 2007 (recurso de casación nº 6875/2004) excluye el carácter sancionador al declarar que no tiene “*carácter punitivo ni sancionador la obligación de depositar la fianza o el recargo compensatorio por el retraso*”.

Del mismo modo, la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1992 (recurso de apelación número 3210/1990) no considera el recargo como sanción, sino que es una medida que descansa en principios específicos distintos de los que regulan el Derecho Administrativo sancionador. Así, en esta última sentencia el Tribunal Supremo considera “*correcto el exigir el 25% y ésta cantidad, dado que por su carácter de medida reparatoria no se integra en la fianza, ni ha de ser devuelta, sino que es una suma (fijada legalmente) que ha de pagarse, como indemnización por los perjuicios (reales o potenciales) ocasionados como consecuencia de la negligencia de la parte al no constituir la fianza en el momento legal oportuno. En consecuencia es una cantidad que no puede ser reintegrada, en momento alguno, a quien la abona, sin que con ello se infrinja un precepto ordinario o constitucional*”.

En este mismo sentido, son numerosas las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (31 de marzo de 2000 – recurso nº 1075/1999-, 20 de abril de 2001 –recurso nº 593/1998-, 18 de abril de 2000 –recurso nº 721/1999-, 21 de abril de 2004 –recurso nº 1019/1998), que se han pronunciado en el mismo sentido.

El apartado cuatro modifica el artículo 7.2 en el sentido de precisar que el plazo ha de contarse desde el día siguiente al de la fecha de celebración del contrato.

El apartado cinco modifica la redacción del artículo 8 “*Acreditación del depósito*”. La memoria del análisis de impacto normativo significa que se detalla con mayor precisión el contenido mínimo del resguardo de depósito y se suprime la necesidad de presentar ante la Agencia de Vivienda Social el contrato de arrendamiento y justificante bancario de ingreso. Asimismo, se habilita al Organismo a requerir documentación a efectos de verificar los datos aportados.

No obstante lo anterior, se observa que en el apartado 1 se dice que “*Se entenderá depositada la fianza con la acreditación ante la Agencia de Vivienda Social... del ingreso realizado en la entidad de crédito... y la aportación de los datos derivados del contrato de arrendamiento, mediante la presentación del modelo de solicitud...*” de lo que parece deducirse la necesidad de presentar el resguardo acreditativo del ingreso del importe de la fianza en la entidad de crédito pero no el documento contractual. A esto se une que, en el apartado 2 se dice que “*En cualquier caso no será necesario presentar soporte documental del contrato de arrendamiento*”, por lo que, al no referirse al soporte documental del ingreso bancario, parece deducirse que éste ha de ser aportado, finalidad que, de acuerdo con la parte expositiva del proyecto y la documentación obrante en el expediente, no parece ser la pretendida por la reforma. Convendría aclarar que es lo que se exige al aludir a la acreditación del ingreso en entidad de crédito.

Asimismo, la referencia al artículo 38.4 de la LRJ-PAC ha de sustituirse por el correlativo de la LPAC y sería conveniente que se tuviera en cuenta lo previsto en su artículo 14, tal y como se expondrá posteriormente.

El apartado 2 del artículo 8 regula el modelo de solicitud que será un documento de carácter nominativo identificado como resguardo

de depósito, con el siguiente contenido mínimo: a) nombre, apellidos y NIF, NIE, o número del pasaporte cuando el arrendador sea persona física; razón social y NIF, cuando sea persona jurídica; b) domicilio del arrendador, a efectos de notificaciones; c) identificación del inmueble arrendado; d) fecha del contrato de arrendamiento; e) destino del inmueble arrendado; f) renta mensual; g) ingreso realizado; h) fecha de emisión del resguardo de depósito; i) referencia de identificación del resguardo de depósito; j) la identificación de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid como órgano emisor del documento.

Como contenido mínimo debe figurar, asimismo, una cláusula relativa a la protección de datos de carácter personal de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, derecho reconocido a las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas en el artículo 13 h) de la LPAC.

El apartado 6 da nueva redacción al artículo 9 del Decreto 181/1996, “*Devolución del depósito*”, de manera que, extinguido el contrato, y previa solicitud del sujeto obligado conforme al modelo normalizado que se establezca, en el que se incluirá la identificación del resguardo de depósito y la declaración jurada del arrendador sobre la extinción o término del contrato, se procederá a la devolución de la fianza mediante transferencia bancaria, pudiendo la Agencia de Vivienda Social, en cualquier momento, solicitar la aportación de la documentación que considere necesaria para la verificación de los datos.

Los apartados siete, ocho, diez y doce del artículo único modifican los artículos 13, 14, 16 y 18.3 del Decreto 181/1996, respectivamente, con la única finalidad de sustituir la denominación del Organismo.

El apartado nueve, sustituye por euros la cuantía expresada en pesetas que contenía el artículo 15.1 del Decreto 181/1996.

El apartado once modifica el artículo 17 para actualizar la denominación del Organismo. Además, en su apartado primero se suprime la referencia a la “*copia del justificante*”, pues, con la reforma, habrá de remitirse “*el justificante*”. En el apartado cuarto se introduce un nuevo párrafo que determina que los impresos de declaración y autoliquidación se ajustarán al modelo normalizado que se establezca y *podrán* ser remitido a través del soporte telemático que en desarrollo del presente Decreto se determine.

No obstante, debería tenerse en cuenta la previsión recogida en el artículo 14 de la LPAC que establece la obligación de determinados sujetos de relacionarse con la Administración a través de medios electrónicos. Si bien es cierto que la disposición final séptima de la LPAC difiere la eficacia de determinados aspectos de la Administración electrónica a los dos años de su entrada en vigor, la vocación de permanencia del presente proyecto de Decreto exige que se contemple la nueva regulación legal en el marco de la necesaria adaptación de los procedimientos de la Comunidad de Madrid a la nueva normativa.

Se observa que existe una amplia remisión a la normativa de desarrollo, lo cual no favorece la seguridad jurídica contemplado en el artículo 129 de la LPAC como uno de los principios de buena regulación que han de regir el ejercicio de la potestad reglamentaria, tal y como se señaló en nuestro Dictamen 387/16, ya citado.

El apartado trece sustituye la disposición final primera del Decreto 181/1996 por una disposición final única con el siguiente tenor:

“*Habilitación de desarrollo. Instrucciones de aplicación*

- l. Se habilita al titular de la Consejería competente en materia de vivienda para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución del presente decreto.*
- 2. Por el titular de la Dirección Gerencia de la Agencia de Vivienda Social se podrán dictar cuantas instrucciones sean precisas para la aplicación del presente decreto, sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior”.*

La disposición transitoria única difiere la efectividad de la aplicación de la modificación de los artículos 2.4, 8, 9 y 17.4 del Decreto 181/1996, de 5 de diciembre, hasta la aprobación de los correspondientes modelos normalizados. En consecuencia, por aplicación del principio de simplicidad normativa es conveniente que la misma norma contenga los modelos normalizados si bien, con la previsión de que puedan ser objeto de modificación habilitando al consejero competente para evitar la congelación de rango de la norma. En caso contrario, debería establecerse en el proyecto un plazo máximo para su aprobación o, en su caso, que los modelos se aprobarán con la mayor celeridad posible toda vez que, una vez publicada la norma, estos preceptos entrarán en vigor al día siguiente, tal y como establece la Disposición final única del proyecto pero no podrán ser aplicados.

Aun cuando la técnica normativa se analizará en la siguiente consideración de derecho, ha de destacarse que la directriz 40 de las directrices de técnica normativa aprobadas mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005 establece que no pueden considerarse disposiciones transitorias las que se limiten a diferir la aplicación de determinados preceptos sin que esto implique la pervivencia de un régimen jurídico previo. Por ello la disposición transitoria debe tener la condición de disposición final.

QUINTA.- Cuestiones formales y de técnica normativa.

En términos generales, el proyecto de decreto se ajusta a las citadas directrices de técnica normativa aprobadas mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, que resultan de aplicación ante la ausencia de toda norma autonómica en la materia. Así, se han tenido en cuenta las directrices del apartado I.i) del Acuerdo precitado relativo a las especificidades de las disposiciones modificativas.

No obstante, cabe efectuar algunas observaciones en este ámbito.

En primer lugar, en cuanto a la parte expositiva, deberían destacarse los aspectos más relevantes de la tramitación del proyecto de conformidad con lo establecido en la directriz 13.

Asimismo, en la fórmula promulgatoria, para ajustarse a la directriz 16 del Acuerdo precitado, sería recomendable suprimir la referencia a la Ley 1/1983, que, sin embargo, debería incorporarse en algún párrafo previo de la parte expositiva según concreta la directriz 12.

Por lo que se refiere a la parte dispositiva, en el apartado trece del artículo único, el texto relativo a la disposición final única y su contenido debe ir entrecomillado de acuerdo con la directriz 56.

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, puede someterse al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid el proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 181/1996, de 5 de diciembre, por el que se regula el régimen de depósito de fianzas de arrendamientos en la Comunidad de Madrid.

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

Madrid, 27 de octubre de 2016

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 486/16

Excmo. Sr. Consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras

C/ Maudes nº 17 - 28003 Madrid