

A.G. 68/2023 S.G.C. 89/2023 S.J. 239/2023

Se ha recibido en este Servicio Jurídico una solicitud de informe en relación con el «Proyecto de Orden, de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social, por la que se modifica la Orden 766/1993, de 10 de junio, de la Consejería de Integración Social, por la que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Residencias de Ancianos que gestiona directamente el Servicio Regional de Bienestar Social».

Al amparo de lo dispuesto en 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, se emite el siguiente

INFORME

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero y Único- La Secretaria General Técnica de la Consejería de Familia, Juventud y Asuntos Sociales (en adelante, CFJAS) ha solicitado el informe de este Servicio Jurídico en relación con el «Proyecto de Orden, de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social, por la que se modifica la Orden 766/1993, de 10 de junio, de la Consejería de Integración Social, por la que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Residencias de Ancianos que gestiona directamente el Servicio Regional de Bienestar Social».

A la referida petición se le acompañó, inicialmente, la siguiente documentación:

- Índice del expediente administrativo.
- Dos versiones del Proyecto de Orden.

- Dos versiones de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, suscritas por el Gerente de la AMAS, respectivamente, el 4 de abril y el 16 de mayo de 2023.
- Informe de 12 de abril de 2023, de la de la Dirección General de Infancia, Familia y Fomento de la Natalidad, de impacto en materia de familia, infancia y adolescencia.
- Informes de la misma fecha, de la Dirección General de Igualdad, de impacto por razón de género y de impacto por razón de orientación sexual e identidad y expresión de género, respectivamente.
- Informe 31/2023, de 13 de abril, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, en materia de coordinación y calidad normativa.
- Resolución del Gerente de la AMAS, de 4 de abril de 2023, por la que se acuerda la apertura del trámite de audiencia e información pública a través del Portal de Transparencia de la Comunidad de Madrid.
- Oficio remitido el 5 de abril por la Subdirección General de Régimen Jurídico de la CFJAS, mediante correo electrónico, al Consejo para el Diálogo Social, a los efectos de formular las observaciones oportunas.
- Informe del Viceconsejero de Empleo, de 19 de abril de 2023, relativo a la consulta formulada al Consejo para el Diálogo Social, en el trámite de audiencia e información pública, adjuntando las alegaciones formuladas, en el seno de dicho órgano, por CCOO de Madrid y UGT Madrid.
- Informe del Consejo Regional de Mayores, remitido por oficio de su Secretario de 20 de abril de 2023.
- Informe de legalidad, de 26 de mayo de 2023, firmado por la Secretaria General Técnica de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera-. Finalidad y contenido

El Proyecto de disposición general tiene por objeto, según se deduce claramente de su título y expone el título de su artículo único, la modificación de la Orden 766/1993, de 10 de junio, de la Consejería de Integración Social, por la que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Residencias de Ancianos que gestiona directamente el Servicio Regional de Bienestar Social (en adelante, ROFRA).

El Proyecto consta de una parte expositiva y de otra dispositiva conformada por un artículo, integrado por seis apartados que modifican sendos artículos del ROFRA. La parte final se halla integrada por una disposición adicional y otra final.

Segundo-. Marco competencial y normativo.

1. Mediante el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, se asumieron competencias en materia de promoción y ayuda a la tercera edad, emigrantes, personas con discapacidad y demás grupos sociales necesitados de especial atención, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación (art. 26.1.23).

No resulta discutida la constitucionalidad de las atribuciones de las Comunidades Autónomas, asumidas por la generalidad de ellas, en materia de servicios sociales. En dicho sentido, entre otras muchas, las SSTC 21/2013, de 31 de enero; 9/2017 de 19 de enero, y 134/2020, de 23 de septiembre.

En ejercicio de dicha competencia, se ha dictado la Ley 12/2022, de 21 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid (en adelante, LSSCM), que ha venido a sustituir, derogándola, a la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios

Sociales de la Comunidad de Madrid. Su artículo 10.2 proclama la competencia de la Comunidad de Madrid sobre la provisión y prestación de los servicios de atención especializada.

Entre otros que inciden en la materia, su artículo 19, en las letras b) y c), incluye entre las funciones de la Atención Social Especializada, las de

«[p]roponer prestaciones de servicios o económicas, de forma conjunta o alternativa, a personas que presenten dificultades físicas, psíquicas o sociales, con el objetivo preferente de su inclusión social o la prevención de su dependencia y promoción de su autonomía personal en el marco de la legislación vigente, mediante una actuación preferente en su entorno o, cuando esto no sea posible, mediante el recurso a centros residenciales en los casos necesarios», y

«[g]estionar y equipar los centros y servicios que proporcionan prestaciones especializadas a personas y grupos».

2. El principio de participación de los usuarios está ampliamente reconocido en la LSSCM.

Su artículo 5.k recoge como derecho de los usuarios, el de *«[p]articipar en los órganos de representación del Sistema Público de Servicios Sociales, directamente o a través de las asociaciones legalmente constituidas para la defensa de sus derechos, así como en aquellos órganos de participación que pudieran existir en el ámbito de actuación de la iniciativa privada, en la forma que se determine en el reglamento de su creación»*.

Por su parte, el artículo 8, en sede de *«Principios rectores del Sistema Público de Servicios Sociales»*, dispone en su apartado 2 que *«La intervención social se realizará de acuerdo con los principios de prevención, autonomía del usuario y desarrollo personal, integración familiar y social, proporcionalidad y necesidad, atención individualizada, integral y continuada, equidad territorial, proximidad, enfoque comunitario y participación»*.

Más específicamente, el artículo 62 se dedica a regular la participación de los usuarios de centros y servicios, en los siguientes términos:

- «1. Todos los centros y servicios integrados en el Sistema Público de Servicios Sociales contarán con un procedimiento que garantice la participación directa de los usuarios o sus representantes legales y, en su caso, la participación de las familias, en la forma que la consejería competente en materia de servicios sociales establezca reglamentariamente.
2. Esta participación se diseñará con arreglo a criterios democráticos y podrá extenderse tanto al funcionamiento del centro, como al desarrollo y organización de los propios servicios o actividades que constituyen su objeto. 3. En ningún caso, el ejercicio de este derecho podrá alterar la tipología del recurso, su naturaleza o finalidad, los derechos y deberes de los usuarios o al resto de disposiciones establecidas en la presente ley».

Ya en el plano reglamentario, el artículo 2 del Decreto 72/2001, de 31 de mayo, por el que se regula el Régimen Jurídico Básico del Servicio Público de Atención a Personas Mayores en Residencias, Centros de Atención de Día y Pisos Tutelados (en adelante, Decreto 72/2021), contempla entre los principios de organización y funcionamiento de Residencias, Centros de Día y Pisos Tutelados, la promoción de la participación y representación de los usuarios.

Su Disposición Final primera habilita al titular de la Consejería de Servicios Sociales para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y aplicación del Decreto. En base a dicha habilitación, se dictó el ROFRA, que ahora se modifica.

Se ha de señalar que el Decreto 72/2001, y su ROFRA mantienen su vigencia en todo aquello que no contradiga lo dispuesto en la vigente Ley 12/2022, desarrollando en el Proyecto que nos ocupa el artículo 62 de la Ley 12/2022.

De lo expuesto, cabe concluir que el Proyecto de Orden responde a la habilitación genérica contenida en el Decreto 72/2001, en desarrollo del artículo 62 de la Ley 12/2022.

Tercera-. Naturaleza jurídica y rango normativo.

1. El Proyecto de Orden sometido a consulta se configura como una norma con vocación de permanencia, que innova el ordenamiento jurídico. Participa, por tanto, de la naturaleza jurídica propia del reglamento en su condición de disposición jurídica de carácter general, dictada por la Administración Pública y con valor subordinado a la ley, según la definición generalmente aceptada por nuestra jurisprudencia (por todas, la STS¹ de 15 de octubre de 2001, Rec. 397/1999, y otras que cita).

Tradicionalmente, los reglamentos se clasifican, por su relación con la ley, en ejecutivos, independientes y de necesidad.

El Tribunal Supremo ha abogado por un planteamiento amplio del concepto de reglamento ejecutivo, permitiendo que se incluyan dentro del mismo todas las acciones normativas cuyo objetivo sea el de ejecutar la ley de uno u otro modo, complementando, desarrollando, detallando, aplicando o ejecutando aquella. En particular, nuestro Alto Tribunal, en una línea doctrinal aplicada, entre otros casos, en la STS de 4 de junio de 2020, Rec. 78/2018, ha matizado que *«[e]l reglamento ejecutivo, como complemento indispensable de la ley, puede explicitar reglas que en la Ley estén simplemente enunciadas y puede aclarar preceptos de la misma que sean imprecisos, de suerte que el Reglamento puede ir más allá de ser puro ejecutor de la Ley, a condición de que el comportamiento de la Administración sea acorde con la Constitución...»*.

¹ En adelante, se utilizará la abreviatura STS como equivalente a Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Asimismo, en las citas de jurisprudencia, y a los efectos del presente informe, Rec. equivale a recurso contencioso-administrativo y RC a recurso de casación.

Por su parte, el Consejo de Estado afirmaba ya en su Dictamen de 16 de abril de 1943 que la labor del Reglamento ejecutivo es la de «*desenvolver la ley preexistente*». Por consiguiente, tanto el «*desarrollo*» como el «*complemento*» y la pormenorización de la ley son o pueden ser fines del reglamento de ejecución.

Más cercanamente, ha recordado el alto órgano consultivo del Gobierno de la Nación en el Dictamen 679/2020, de 10 de diciembre de 2020, que, conforme a la línea jurisprudencial anteriormente reseñada, que auspicia la concepción amplia del concepto de reglamento ejecutivo, se ha de incluir en él toda norma reglamentaria que complemente la ordenación de la ley, aunque sea parcialmente, quedando únicamente excluidos de dicha condición los reglamentos independientes, autónomos o *praeter legem* (principalmente desarrollados en el ámbito de la potestad doméstica) y los reglamentos de necesidad. Y que, desde el punto de vista práctico, esta disquisición tiene importantes repercusiones, al garantizar que las disposiciones reglamentarias sean examinadas por ese Alto Cuerpo Consultivo desde la perspectiva de su conformidad con la ley y con el resto del ordenamiento jurídico.

2. En cuanto a su rango normativo, la disposición general proyectada se auspicia bajo el rango de orden.

El artículo 21 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid (a partir de esta cita, LGACM), en su letra g), atribuye al Consejo de Gobierno la aprobación, mediante decreto, de los reglamentos para el desarrollo y ejecución de las leyes emanadas de la Asamblea. Una interpretación *ad litteram* de dicha previsión permitiría concluir que la aprobación de los reglamentos de desarrollo y ejecución de las leyes compete exclusivamente al Consejo de Gobierno.

No obstante, el artículo 5.1.h) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, contiene una regla similar, siendo así que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en Sentencia de 1 de julio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2858), interpretó que no cabe excluir de raíz que el desarrollo

reglamentario de las normas con rango de ley pueda hacerse mediante orden ministerial, aunque ello sea indudablemente inusual, cuando no excepcional, cuando la norma legal que haga la llamada al desarrollo reglamentario no se dirija específicamente al Gobierno.

Aunque, con posterioridad al dictado de dicha sentencia, el artículo 129.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), impusiera taxativamente que las habilitaciones para el desarrollo reglamentario de una ley sean conferidas, con carácter general, al Gobierno, y que la atribución directa a los titulares de los departamentos ministeriales o a otros órganos dependientes o subordinados de ellos tenga carácter excepcional y se deba justificar en la ley habilitante, esta última previsión no viene sino a corroborar la posibilidad de atribuir dicha competencia a otros órganos, aunque con las referidas limitaciones -si bien no resultan aplicables a las Comunidades Autónomas según se deduce de la STC 55/2018, de 24 de mayo de 2018-.

De todo lo anterior se puede deducir la posibilidad de habilitar expresamente a un órgano distinto al Consejo de Gobierno en orden al desarrollo y ejecución de una ley. De hecho, así se viene interpretando por la Abogacía General de la Comunidad de Madrid desde su Dictamen de 26 de abril de 2012, en el que se analiza la posible atribución de la potestad reglamentaria a los consejeros, precisando que dicha atribución habría de revestir carácter singular:

«Esto sentado, la existencia de la potestad reglamentaria en manos de autoridades distintas del Gobierno, en primer lugar, no constituye una infracción del artículo 97 de la Constitución, pues nada en dicho precepto autoriza a sostener que la atribución que en el mismo se hace al Gobierno de dicha potestad sea de carácter exclusivo y excluyente. Comoquiera que dicho precepto establece que el Gobierno *“ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria”*, afirmar su monopolio sobre esta última obligaría a concluir también que sólo el Gobierno puede ejercer la función ejecutiva, lo que es manifiestamente absurdo. Parece obligado concluir, por tanto, que la ley está habilitada

para efectuar atribuciones singulares de potestad reglamentaria a favor de autoridades distintas del Gobierno.

Ahora bien, estas atribuciones sólo son lícitas en la medida que respeten el principio, implícito en el reiterado artículo 97 de la Constitución, de que el Gobierno es el órgano titular primario y general de la potestad reglamentaria; dicho de otro modo, tales atribuciones han de ser de carácter singular y para materias concretas, constitutivas de una simple competencia de atribución (STC 185/1995)».

En el caso concreto sometido a informe, dicha habilitación expresa se contiene en el artículo 62.1 de la LSSCM, que prevé que *«[t]odos los centros y servicios integrados en el Sistema Público de Servicios Sociales contarán con un procedimiento que garantice la participación directa de los usuarios o sus representantes legales y, en su caso, la participación de las familias, en la forma que la consejería competente en materia de servicios sociales establezca reglamentariamente».*

Asimismo, la Disposición Final primera del Decreto 72/2001 faculta al titular de la consejería competente en materia de Servicios Sociales para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y aplicación de dicha norma reglamentaria.

Cuarta- Tramitación.

1. Ha de recordarse que, conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la STC 55/2018, de 24 de mayo, las diversas disposiciones que contienen los artículos 129, 130, 132 y 133 de la LPAC, que hacen referencia a la iniciativa reglamentaria de la Administración, no son de aplicación, como derecho primario, a las Comunidades Autónomas, pues ello devendría en la invasión de las competencias que estas tienen estatutariamente atribuidas en orden a autoorganizarse y regular la elaboración de sus normas.

En consecuencia, en esta materia ha de atenderse a lo previsto en la normativa interna de la Comunidad de Madrid, que viene constituida fundamentalmente por el

artículo 60 de la Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid (LTPCM) y por el Decreto 52/2021, de 24 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se regula y simplifica el procedimiento de elaboración de las disposiciones normativas de carácter general en la Comunidad de Madrid (DPEDGCM). Esta última norma reglamentaria impone su aplicación, entre otros, a los procedimientos de elaboración y tramitación de los proyectos de disposiciones reglamentarias cuya aprobación corresponda al Consejo de Gobierno o a cualquiera de sus miembros (art. 1.2).

2. Desde el punto de vista competencial interno, la competencia para aprobar esta norma corresponde a la Consejera de Familia, Juventud y Asuntos Sociales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.d) de la LGACM (*«[e]jercer la potestad reglamentaria en la esfera de sus atribuciones»*), en relación con el artículo 1.1 del Decreto 208/2021, de 1 de septiembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social (en adelante, DEOCFJPS).

Por otra parte, conforme al artículo 3.2.a). 4º del Decreto 230/2015, de 20 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Agencia Madrileña de Atención Social, su Gerencia ostenta competencias para *«[f]omentar en los centros la participación de las personas usuarias de los mismos, así como de sus familiares, en la adopción y ejecución de medidas tendentes a la mejora en la prestación del servicio»*. De ahí que sea razonable que dicho organismo autónomo haya asumido la iniciativa de promover la aprobación de la norma reglamentaria.

3. A la vista del artículo 3.1 del DPEDGCM, el Plan Normativo aprobado por el Consejo de Gobierno el primer año de cada legislatura únicamente contendrá las iniciativas legislativas o reglamentarias que las Consejerías prevean elevar durante la legislatura a la aprobación del Consejo de Gobierno. Ello hace innecesario incluir en el mismo los proyectos de órdenes.

4. El artículo 60 de la LTPCM contempla que, con carácter previo a la elaboración de un proyecto de reglamento, se sustancie una consulta pública en el espacio web habilitado para ello que sirva para instrumentar el derecho de los ciudadanos a participar y colaborar en su elaboración. No obstante, el artículo 11.3 del DPEDGCM dispensa la celebración de la consulta pública en los procedimientos declarados de tramitación urgente, como es el caso del que nos ocupa, justificación que ha sido incluida en la MAIN.

Sin perjuicio de lo anterior, a juicio de este Servicio Jurídico sería conveniente que la omisión de la consulta pública se complementara fundamentado la omisión en algunas otras circunstancias previstas en el artículo 60 de la LTPCM, como la ausencia de un impacto significativo en la actividad económica, la ausencia de imposición de obligaciones relevantes a los destinatarios o la regulación solo parcial de la materia abordada. Se ha de anticipar que esta normativa no está adecuadamente citada en la MAIN, cuando se aborda esta cuestión.

En la MAIN, se justifica la omisión del trámite de consulta pública en el hecho de que por Orden 755/2023 se declaró la tramitación urgente del Proyecto, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 11.3 del Decreto 52/2021 y en el artículo 27.2. b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Gobierno.

Al respecto, la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en Dictamen 265/2023, de 18 de mayo de 2023 señala:

«No obstante, cabe señalar que la Ley del Gobierno no es aplicable en el ámbito de la Comunidad de Madrid, al no tener carácter básico y haber aprobado su propio procedimiento de elaboración normativa, debiéndose a estar a lo dispuesto en la Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid, que solo prevé la supresión de la consulta pública en los de normas presupuestarias u organizativas de la Administración autonómica o de entes u organizaciones vinculadas o dependientes de ésta, cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen; o bien cuando la propuesta normativa no tenga un

impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes para el destinatario o regule aspectos parciales de una materia. Por ello, la razón de la ausencia de consulta pública estaría amparada en esos motivos previstos en la citada ley autonómica, en tanto que la remisión del artículo 11.3 del Decreto 52/2021, 24 de marzo, a la legislación estatal, que excluye la consulta pública en los procedimientos de tramitación de urgencia, no se ajusta a lo previsto en la citada Ley 10/2019, de 10 de abril, respecto al derecho de participación en la elaboración de disposiciones de carácter general, que solo excluye el citado trámite en los supuestos antes referidos».

5. El artículo 6.1 del DPEDGCM permite la elaboración de una MAIN ejecutiva cuando el centro directivo promotor de la iniciativa reglamentaria estime que la aplicación, en su caso, de la propuesta normativa, no generará impactos económicos, presupuestarios, sociales, sobre las cargas administrativas o cualquier otro análogo, apreciables, o estos no sean significativos. Según se asevera en la última versión de MAIN el Proyecto no genera impactos significativos desde tales perspectivas.

Conviene significar que el expediente administrativo remitido al Servicio Jurídico por la CFJAS integra dos versiones de la MAIN, firmadas por el Gerente de la AMAS, respectivamente, el 4 de abril y el 16 de mayo de 2023. La actualización del contenido de la MAIN mediante la incorporación a ella de las novedades significativas que se produzcan a lo largo del procedimiento de tramitación constituye una exigencia reglamentaria (art. 7.5 DPEDGCM).

En concreto, el artículo 6.1 del reglamento autonómico de referencia detalla el contenido preceptivo de la MAIN ejecutiva:

- «a) Identificación clara de los fines, objetivos perseguidos, oportunidad y legalidad de la norma.
- b) Adecuación a los principios de buena regulación.
- c) Identificación del título competencial prevalente.
- d) Listado de las normas que quedan derogadas.
- e) Impacto presupuestario y los sociales exigidos por norma con rango de ley.
- f) Descripción de la tramitación y consultas realizadas.
- g) Justificación, si la propuesta no estuviera incluida en el Plan Anual Normativo.

- h) Análisis económico que evalúe las consecuencias de su aplicación, aunque su impacto sobre la actividad económica no sea relevante.
- i) En su caso, se incluirá una descripción de la forma en la que se realizará su evaluación *ex post*».

Examinado el contenido de la versión más reciente de la MAIN se observa que, en general, todos esos aspectos son abordados en ella. En algunos casos, como el análisis de los posibles impactos o la descripción de los trámites realizados, se ha llegado a un nivel de detalle más propio de la memoria extendida que de la ejecutiva. Esto último, *a priori*, no debe ser considerado una práctica jurídicamente reprochable, puesto que el análisis más detallado de la norma en estos y otros aspectos refuerza el cumplimiento de la finalidad propia de la MAIN.

En concreto, se analizan de forma concisa el impacto económico y presupuestario; en materia de familia, infancia y adolescencia; por razón de género; por razón de orientación sexual e identidad y expresión de género; de carácter ambiental y en relación con las personas con discapacidad. Por parte de este Servicio Jurídico se sugiere la conveniencia de motivar la ausencia de impacto en forma de cargas administrativas (se afirma su ausencia, sin razonar por qué). Al respecto, cabe recordar que el artículo 7.3.d) del DPEDGCM exige determinar en la MAIN «*[/]a detección y medición de las cargas administrativas que conlleva la disposición de carácter general, cuantificando el coste de su cumplimiento para los obligados a soportarlas con especial referencia a las pequeñas y medianas empresas*».

Por otra parte, resulta relevante que la MAIN signifique la posible repercusión de la futura norma en materia de personal, y ello a efectos de lo dispuesto en el artículo 9.1.e) del Decreto 234/2021, de 10 de noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, que exige el informe de la Dirección General de Recursos Humanos cuando la aplicación del futuro reglamento implique la aplicación de recursos adicionales en materia de personal.

Por ello, es necesario:

1º) Incluir la pertinente aclaración en la MAIN sobre las exigencias que depararía la futura aplicación de la orden en cuanto al personal de la Comunidad de Madrid.

2º) En caso de que dicha incidencia exija la dotación de recursos adicionales en materia de personal, solicitar el pertinente informe a la Dirección General de Recursos Humanos, dejándolo incorporado al expediente administrativo una vez sea recibido.

Estas consideraciones tienen carácter esencial.

Con respecto a la transcripción de los trámites del procedimiento, la MAIN ha recogido los trámites recabados a lo largo del mismo. Debe resaltarse, como aspecto positivo, el análisis de las observaciones realizadas en los informes recabados a lo largo del procedimiento y de las alegaciones realizadas en el trámite de audiencia e información pública, así como la consignación de las razones por las que, en cada caso, se acepta o rechaza lo propuesto.

6. El DPEDGCM, en su artículo 8.1, prevé que, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales, el centro directivo proponente recabe los informes y dictámenes que resulten preceptivos, así como los estudios y consultas que estime convenientes, en este último caso de modo justificado.

Con base en dicha obligación, se han recabado los siguientes informes:

a) Informe de 12 de abril de 2023, de la Dirección General de Infancia, Familia y Fomento de la Natalidad, tal y como exigen el artículo 22 *quinquies* de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y la disposición adicional 10ª de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, introducidos ambos por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Dicho órgano no aprecia impacto del Proyecto sobre su ámbito de intervención.

b) Informes de 12 de abril de 2023, de la Dirección General de Igualdad, con el objeto de valorar los impactos por razón de género y de orientación sexual, identidad o expresión de género previstos en 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 en 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. Desde la primera perspectiva ha considerado neutra la posible afección del Proyecto, y nula desde la segunda.

c) Informe en materia de coordinación y calidad normativa, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 8.4 del DPEDGCM, formulado por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, conforme al artículo 26.3.a) del Decreto 191/2021, de 3 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de dicha consejería.

d) Consta en el expediente la acreditación de haberse dado cuenta de la iniciativa normativa al Consejo para el Diálogo Social. Al respecto, el artículo 3.2 del Decreto 21/2017, de 28 de febrero, del Consejo de Gobierno, por el que se crea el Consejo para el Diálogo Social de la Comunidad de Madrid y se establece su composición, organización y funcionamiento, se limita a exigir la comunicación del Proyecto normativo a dicho órgano. No obstante, desde la perspectiva de la debida conformación del expediente administrativo, ha de sugerirse la incorporación a este último de la justificación de las recepciones de las comunicaciones realizadas al órgano de referencia.

e) No consta en el expediente administrativo el informe de la Dirección General de Transparencia y Atención al Ciudadano. El Decreto 85/2002, de 23 de mayo, por el que se regulan los sistemas de evaluación de la calidad de los servicios públicos y se aprueban los Criterios de Calidad de la Actuación Administrativa en la Comunidad de Madrid, contempla la necesidad de su informe en la regulación de nuevos procedimientos administrativos o en las modificaciones de los ya existentes, que podrá manifestarse sobre la necesidad

de simplificar o racionalizar la tramitación (criterio 12) así como los modelos de impresos que deban utilizarse por los ciudadanos (criterio 14).

El Proyecto de reglamento sujeto a informe regula el procedimiento de elección de los miembros del Consejo de Residentes, lo que parece hacer necesario su informe o, al menos, aconseja incluir, por cautela, una diligencia por la que dicho centro directivo ponga de manifiesto su falta de necesidad.

f) Aunque, aparentemente, la aplicación de la nueva orden no implique la necesidad de realizar tratamientos adicionales de datos de carácter personal, a los efectos del artículo 39 del Reglamento General de Protección de Datos,² se sugiere, como norma de cautela, recabar el informe de la Delegación de Protección de Datos en la CFJAS.

g) No figura el informe de la Dirección General de Presupuestos de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, en relación con lo previsto en la Disposición Adicional primera de la LPGCM y en el artículo 13.1.k) del Decreto 234/2021, de 10 de noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la consejería de referencia. La justificación de esta omisión reside en la falta de impacto presupuestario de la norma en tramitación.

h) Tampoco se ha recabado el informe de la Dirección General de Recursos Humanos. Como ya se ha dicho, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 9.1.e) del precitado Decreto 234/2021, de 10 de noviembre, la MAIN debe aclarar si la aplicación del futuro reglamento requerirá de la aplicación de recursos adicionales en materia de personal, solicitando, en su caso, el correspondiente informe.

² Reglamento General de Protección de Datos (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

i) No se ha requerido el informe del Consejo Asesor de Personas con Discapacidad. El artículo 3.1 c) del Decreto 276/2000, de 28 de diciembre, por el que se crea dicho órgano, dispone la sumisión a su informe de los proyectos que tengan rango de decreto y puedan afectar a dicho colectivo. Una regla de cautela, en relación con las inexorables consecuencias que vincula la jurisprudencia a la omisión de trámites preceptivos en los procedimientos de elaboración de disposiciones de carácter general, exige tener en cuenta que, entre los sectores a los que se destinan los centros y servicios de acción social, figuran dichas personas, y que, además, en el Proyecto de Orden existen diversas normas relacionadas con el régimen de provisión de apoyos, instituido precisamente en favor de las personas con discapacidad.

El expediente tampoco incorpora el informe del Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid.

El fundamento de este, en los casos en que su emisión resulte preceptiva, responde a lo previsto en el artículo 28 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, que incluye entre sus funciones la de informar preceptivamente las normas que afecten directamente a los consumidores. En el mismo sentido, el artículo 4.1 e) del Reglamento de dicha ley aprobado por el Decreto 1/2010, de 14 de enero. Cabe recordar la doble funcionalidad de este informe ya que, de conformidad con el artículo 25 de esta última disposición legal, la audiencia de las asociaciones de consumidores y organizaciones empresariales en el procedimiento de elaboración de normas de carácter general que afecten directamente a los derechos e intereses que representan se entenderá cumplimentada mediante la solicitud de informe al Consejo de Consumo.

A dichos efectos, conviene tener en cuenta que, según el artículo 2.1 de la LPCCM, se consideran consumidores *«las 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 las entidades, empresas o profesionales, colegiados o no, que los producen, facilitan, suministran o expiden».

Asimismo, se debe tener en cuenta lo previsto en el apartado segundo del mismo artículo 2, que matiza que únicamente «*se considerará que las entidades públicas producen, facilitan, suministran o expiden bienes, productos, servicios, actividades o funciones a los consumidores cuando ejerzan la actividad en régimen de derecho privado*».

En el caso de las residencias de mayores, la prestación del servicio por parte de la Administración, cuando se hace en régimen de gestión directa, está sometida a una fuerte disciplina jurídico-pública (Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, LSSCM, principalmente, y diversa normativa reglamentaria), lo que impide considerarlo afecto a un régimen de derecho privado.

Se aconseja, por ello, materializar la realización de estos trámites o, en caso contrario, justificar debidamente en la MAIN las razones por las que se considera improcedente su realización.

j) Por otra parte, sin perjuicio de que la emisión de su informe no se antoje preceptiva, en el procedimiento se ha dejado de obtener la valiosa aportación de centros directivos cuyas competencias se relacionan con el objeto del Proyecto de Orden, como es el caso de la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia y de la Dirección General de Atención a Personas con Discapacidad, y, en especial, de la Agencia Madrileña para el Apoyo a las Personas Adultas con Discapacidad, puesto que, como se verá, en aquel se incluyen algunas prevenciones relacionadas con el régimen de provisión de apoyos.

En dicho sentido, cabe recordar que en el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias no solo cabe solicitar los informes preceptivos, sino también todos aquellos que se estimen convenientes (art. 4.2.c) y 8.1 del DPEDGCM, que, no obstante, exige justificar la solicitud de informes facultativos por parte del promotor de la iniciativa reglamentaria).

7. El Proyecto ha sido sometido a los trámites de audiencia e información pública conforme a lo previsto en el artículo 105. c) de la CE en relación con los artículos 60.3 de LTPCM y 9 del DPEDGCM, que solo permite prescindir de ellos cuando se trate de normas presupuestarias u organizativas de la Administración autonómica o de entes u organizaciones vinculadas o dependientes de ésta, o cuando razones graves de interés público lo justifiquen.

En el expediente administrativo no consta la presentación de alegaciones en dicho trámite (únicamente figuran las formuladas a través del Consejo para el Diálogo Social por parte de CCOO de Madrid y UGT) y, salvo interpretación equivocada de este Servicio Jurídico, el informe del Viceconsejero de Empleo de 19 de abril de 2023 no refleja esa falta de aportación. De ahí que se deba completar el expediente mediante una certificación en la que se deje constancia de que, en su caso, no se han recibido alegaciones en dicho trámite.

8. No se ha comunicado la iniciativa reglamentaria a las secretarías generales técnicas del resto de consejerías para su conocimiento y, en su caso, realización de las observaciones oportunas en cuanto a su adecuación al orden competencial y de atribuciones establecido en los diferentes decretos de estructura. Al tratarse de una orden, no hay sustento normativo para exigir la sustanciación de ese trámite, ya que, conforme al artículo 4.3 del DPEDGCM, únicamente es aplicable a las iniciativas normativas cuya aprobación corresponda al Consejo de Gobierno.

9. Finalmente, en aplicación del artículo 8.5 del DPEDGCM se ha recabado el informe de la Secretaría General Técnica de la consejería proponente, después de

realizado el trámite de audiencia e información pública y con carácter previo a la solicitud del informe a esta Abogacía General.

Quinta- Análisis del contenido del Proyecto de Orden.

1. La parte expositiva del Proyecto debe ser analizada en relación con lo dispuesto en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa, que, a falta de un documento equivalente en el ámbito de nuestra Administración constituye un referente de indudable utilidad en la elaboración de disposiciones de carácter general, como es el caso. En este sentido, se ha pronunciado la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 488/2021, de 5 de octubre, en el que indica que tales directrices resultan aplicables *«por su carácter normalizador respecto de la técnica aplicable al procedimiento para el ejercicio de la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria del Consejo de Gobierno»*.

En concreto, la directriz 12 de Técnica Normativa indica que la parte expositiva de las normas deberá cumplir la función de describir el contenido de la que se pretenda aprobar, indicando su objeto, finalidad, antecedentes y las competencias y habilitaciones en cuyo ejercicio se dicta, así como, cuando se estime oportuno en orden a facilitar su comprensión por parte de los potenciales destinatarios, un resumen sucinto del contenido de la disposición. De igual modo, la directriz 13 hace una llamada a destacar en la parte expositiva de los proyectos de real decreto, a los que cabe equiparar razonablemente, atendida la finalidad de la directriz, a los proyectos de disposiciones reglamentarias de rango inferior a un decreto del Consejo de Gobierno, los aspectos más relevantes de la tramitación. Finalmente, conviene tener en cuenta que el artículo 2 del DPEDGCM exige incluir en ella la justificación de la conformidad de un proyecto de reglamento con los principios de buena regulación.

Como primer punto, debe resaltarse la concisión con que el Proyecto de Orden sujeto a informe glosa el objeto y finalidad del futuro reglamento. Su lectura puede

permitir al destinatario de la norma el conocimiento de la razón que alimenta la modificación del ROFRA, que es su necesidad de actualización a consecuencia de las reformas legislativas que han incidido en la materia, pero no las medidas regulatorias en que se manifiesta dicha modernización.

En particular, en la parte expositiva se debe poner de manifiesto que la norma se ha elaborado de acuerdo a los principios de buena regulación: necesidad y eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia recogidos en los artículos 129 de la LPAC y 29 del DPEDGCM. En el Proyecto sometido a informe se afirma de forma apodíctica el ajuste a dichos principios, pero no se justifica o razona la adecuación de la Orden a dichos principios, que es lo que exige el texto legal.

En este sentido, la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en Dictamen de 18 de enero de 2018, aboga por un análisis particularizado de la sujeción a dichos principios:

«(...) Se incluye una referencia genérica a la adecuación de la propuesta a los principios de buena regulación establecidos en el artículo 129 de la LPAC, si bien en aplicación del citado precepto sería deseable una mayor justificación de la adecuación de la norma a todos y cada uno de los principios que cita el artículo (necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia), pues el mandato del legislador estatal (“quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios”) va más allá de la simple mención a que la propuesta se adecua a los citados principios y a la específica referencia al cumplimiento de solamente alguno de ellos».

En la MAIN, se recoge debidamente la adecuación de la Orden a los principios de buena regulación si bien se advierte –a los efectos de completar debidamente la parte expositiva- que en relación al principio de transparencia no es correcto referirse a que se «*ha sometido al trámite de audiencia e información públicas*». El término públicas, debe ir en singular cuando se refiere a los trámites de audiencia e información, ya que solo este último tiene tal carácter, y ello pese a que es recogido erróneamente en el artículo 9 del Decreto 52/2021, al referirse a esos dos únicos trámites, como señala la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid en

Dictamen 258/2023, de 18 de mayo de 2023. En el mismo sentido se expresa el Dictamen 624/2022, de 11 de octubre y Dictamen 98/2023, de 2 de marzo, siendo lo correcto referirse a que se han realizado «*los trámites de audiencia e información pública*», extremo que deberá tenerse en cuenta al completarse la parte expositiva de la Orden.

Tampoco se han recogido, en contraposición con la Directriz 13 de Técnica Normativa, los aspectos más relevantes de la tramitación.

Todo ello hace necesaria la ampliación de la referida parte expositiva conforme a las pautas anteriormente establecidas.

Esta consideración tiene carácter esencial.

Por último, advertimos que no resulta adecuado emplear en la parte expositiva –párrafo 5º- la expresión «*propuesta normativa*», más propia de la MAIN, debiéndose sustituir por la expresión «*la Orden*», «*disposición normativa*» u otra equivalente.

2. En cuanto a la **parte dispositiva** del Proyecto de reglamento, como ya ha sido dicho, la integra un artículo único conformado por seis apartados que modifican diversas partes del ROFRA. La parte final se halla integrada por una disposición adicional y otra final.

3. El título del Proyecto de Orden, conforme a lo indicado en la directriz 53 de Técnica Normativa, recoge de forma expresa el carácter modificativo de la disposición, designado de forma concreta la norma modificada. No obstante, debe actualizarse el nombre de la consejería en cuyo seno se aprueba conforme al Decreto 38/2023, de 23 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, publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, de 26 de junio, con entrada en vigor inmediata a tenor de su Disposición Adicional única.

4. Pasamos al examen de los diversos cambios que se pretenden introducir en el ROFRA, recogidas todas ellas en un artículo único subdividido en apartados conforme a lo indicado en la Directriz 57 de Técnica Normativa con respecto a las denominadas «*modificaciones simples*», que son las que afectan a una sola norma.

Se llama la atención sobre el error consignado en el texto marco del artículo único al consignar que el ROFRA es de 10 de julio, cuando es de 10 de junio, extremo que deberá corregirse.

4.1. La primera de las modificaciones, recogida en el apartado Uno del artículo único, afectaría al título del propio ROFRA, en el cual, la referencia al Servicio Regional de Bienestar Social quedaría sustituida por la realizada a la Agencia Madrileña de Atención Social. El cambio de denominación fue efectuado por 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 (art. 5.7) y recogido después por la Ley 9/2015, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, cuyo artículo 5 establece el régimen jurídico de la AMAS.

4.2. El apartado Dos introduce una modificación en el artículo 4.2 del ROFRA, que relaciona los órganos de dirección y participación de las residencias de mayores: director y Consejo de residentes. En cuanto a este último, actualmente se establece su carácter necesario: «*En cada Centro existirá un Consejo de residentes, elegido democráticamente, de carácter representativo y participativo, con funciones asesoras, consultivas y de propuesta*». Con la nueva redacción, la existencia del órgano quedaría condicionada a la existencia de «*candidatos suficientes de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.3 de este reglamento*», manteniéndose el resto de características del órgano (elección democrática, carácter representativo y participativo y atribución de funciones asesoras, consultivas y de propuesta).

En la redacción todavía vigente del ROFRA, el artículo 46.3 indica que «*El número de miembros del Consejo será el resultante de elegir un representante por cada cien residentes o fracción, sin que en ningún caso pueda haber menos de tres*»,

composición mínima que, conforme a la nueva redacción que se pretende dar a dicho apartado, pasaría a ser de cinco miembros cuando se trate de centros de hasta 150 plazas, de siete cuando su capacidad esté entre 151 y 300 usuarios, y de nueve cuando supere las 301 plazas. No obstante, debe tenerse en cuenta que el primer párrafo del proyectado artículo 46.3, indica: *«El número de miembros del Consejo estará en función del número de plazas autorizadas del centro..., sin que en ningún caso pueda haber menos de cinco»*.

A juicio de este Servicio Jurídico, la interpretación coherente de ambos preceptos conllevaría la ausencia de constitución del órgano cuando no haya candidatos suficientes para cubrir cinco membresías, con independencia de la capacidad del centro.

Por otra parte, sería aconsejable sustituir el término *«podrá»* por *«habrá»* u otro similar, de forma que se ponga de manifiesto que el órgano debe ser constituido siempre que concurra el número mínimo de candidatos necesarios.

4.3. El artículo 24 del ROFRA, referido a la protección de los residentes en situación de presunta incapacidad en tanto se tramitaba su declaración, es objeto de modificación como lógica consecuencia del nuevo sistema de apoyo a las personas con discapacidad instituido en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En coherencia con ello, se modifica también el título del artículo, atendiendo a lo dispuesto en la Directriz 28, a fin de ajustarlo al contenido a que se refiere.

En el primero de los apartados se prevé que, en relación con los residentes con discapacidad que carezcan de familiares, o cuando estos no ejerzan las facultades de protección que les incumben, la dirección del centro proceda a poner dicha situación *«en conocimiento de la Fiscalía de protección de personas con discapacidad y mayores»*. Dado que los reglamentos se integran en el Ordenamiento Jurídico con vocación de permanencia, bastaría con hacer una referencia genérica al Ministerio

Fiscal, evitando así un posible desfase de la norma en el caso de que, a consecuencia de medidas de reestructuración organizativa, dicha fiscalía pase a denominarse de otra manera.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 253 del Código Civil (CC), en la redacción dada por la precitada Ley 8/2021, de 2 de junio, indica:

«Cuando una persona se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de modo urgente y carezca de un guardador de hecho, el apoyo se prestará de modo provisional por la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada esta función. La entidad dará conocimiento de la situación al Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas».

Sin perjuicio de las razones prácticas que, presumiblemente, puedan sustentar la asunción de la guardia de hecho por el director del centro, una interpretación literal del artículo 253 anteriormente transcrito podría estimar incoherente la redacción prevista del artículo 24.2 del Proyecto de Orden con aquel precepto del Código Civil, conforme al cual, el apoyo a la persona con discapacidad sería ejercida por la entidad pública correspondiente, es decir, de forma institucional y no personal. Desde esta perspectiva, debe volver a resaltarse la conveniencia de que se recabe informe en el procedimiento de la Agencia Madrileña para el Apoyo a las Personas Adultas con Discapacidad. En cualquier caso, conviene destacar que la asunción de la guardia de hecho «*no precisa de una investidura judicial formal*» (Exp. de Motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio y art. 250 CC), lo cual facilita la asunción espontánea de esta función.

No obstante, junto a la posible asunción de la guardia de hecho en relación con residentes que carezcan de dicho apoyo, la redacción prevista del artículo 24.1 del Proyecto de reglamento, contempla también la posible asunción de la guardia de hecho cuando los familiares de la persona de que se trate «*no ejerzan las facultades de representación que les corresponden*». Este inciso está incluido igualmente en la actual redacción del precepto, aun con referencia a los residentes presuntamente incapaces.

En relación con ello, debe advertirse de la mayor dificultad de encaje de la previsión de que el director de la residencia asuma en el caso expuesto la guardia de hecho de la persona afectada de forma provisional entretanto se tramitan las medidas judiciales de apoyo, por cuanto el nuevo artículo 267.4º del Código Civil contempla la extinción de la guardia de hecho, entre otros casos, *«[c]uando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente»*.

Ha de advertirse asimismo que, aunque el precepto del Proyecto de Orden objeto de comentario se refiera a la situación de los residentes que carezcan de familiares, o con respecto a los cuales estos no ejerzan adecuadamente las facultades de protección que les correspondan, lo cierto es que, como resalta la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, de 2 de, la guardia de hecho la ejerce *«generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables»*, pero, en la práctica, y aunque ello sea más excepcional, la podría asumir otra persona distinta.

Se ha de significar igualmente que el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad constituye la piedra angular del sistema de provisión de apoyos, lo que podría determinar situaciones conflictivas cuando dicha persona ponga de manifiesto reservas a la actuación del director del centro.

Por otra parte, a la vista de que la normativa estatal no establece qué personas deban ejercer la guardia de hecho (vid. arts. 263 a 267 del Código Civil), al constituir una situación de base más fáctica que jurídica, con la previsión que se pretende incluir en el artículo 24.2 del ROFR no se están modificando disposiciones dictadas por el Estado sobre la base de su competencia en materia de legislación civil (art. 149.1.8ª CE).

Dejamos para más adelante la problemática relativa al ejercicio de facultades representativas por parte de los guardadores de hecho, que se plantea también en

relación con lo dispuesto en el artículo 46.

4.4. El artículo 44 del ROFRA indica en la actualidad que *«Los órganos de participación y representación de las residencias de ancianos adscritas al Servicio Regional de Bienestar Social son la Asamblea General y el Consejo de residentes»*. De prosperar el Proyecto que se somete a informe, pasaría a disponer: *«Los órganos de participación y representación de las residencias de mayores adscritas a la Agencia Madrileña de Atención Social son la Asamblea General y el Consejo de Residentes»*.

Es presumible que, por la importancia del precepto, destinado a relacionar los órganos de participación y representación de los centros residenciales, se le haya querido dar un tratamiento particularizado, modificándolo de forma expresa. No obstante, debe recordarse que la Disposición Adicional única del Proyecto de Orden imputa todas las referencias actuales al Servicio Regional de Bienestar Social, a la Agencia Madrileña de Atención Social, y las realizadas a las residencias de ancianos, a las residencias de mayores.

4.5. El apartado Cinco del artículo único modifica el artículo 45, que establece el régimen jurídico de uno de los órganos de participación y representación de las residencias de mayores, cual es la Asamblea General.

El apartado 1, que en su redacción actual contempla la integración en la Asamblea General de todos los residentes, actuando en nombre de ellos, en su caso, los representantes de aquellos que estén incapacitados, se pretende sustituir con la previsión de que esté constituido por *«todos los residentes y los familiares o personas que ejerzan alguna medida de apoyo, actuando siempre en representación de los mismos»*, añadiéndose, con presumible carácter aclaratorio, que *«[c]ada residente tendrá derecho a un voto, ya sea el suyo propio o el de una persona que le represente»*.

La nueva redacción debe ser objeto de algunas observaciones:

- La inclusión de una conjunción copulativa, al hacer referencia a la

composición del órgano, entre las expresiones «*todos los residentes*» y «*los familiares o personas que ejerzan alguna medida de apoyo*» puede plantear dudas sobre si, aun correspondiendo a cada usuario el derecho a un solo voto, sea ejercido por sí mismo o en su representación, es posible la asistencia conjunta a la Asamblea General de ambas personas. Parece que esto último podrá ser posible cuando el régimen de provisión de apoyos no implique facultades de representación.

- Precisamente por ello se estima inconveniente que se haga referencia a que los familiares o personas que ejerzan alguna medida de apoyo, actuarán siempre en representación de los residentes de que se trate, puesto que esto último solo será posible cuando le haya sido atribuida judicialmente dicha facultad de representación, lo cual es excepcional en el régimen de provisión de apoyos (artículos 249 y 269 del Código Civil).
- Por otra parte, no resulta satisfactoria la generalidad que utiliza el Proyecto de Orden cuando hace mención a la posible participación en la Asamblea General de «*los familiares o personas que ejerzan alguna medida de apoyo*», ya que, para ello, será necesario que las medidas de apoyo adoptadas alcancen precisamente a este tipo de actos.
- Puede generar cierta polémica, por un posible conflicto de intereses, el que, entretanto se proceda a la tramitación de las medidas judiciales de apoyo, la actuación en nombre de los usuarios correspondientes pudiera resultar asumida por el director del centro a título de guardador de hecho en pretendida aplicación del artículo 24.2 del Proyecto de reglamento. Al respecto, debe tomarse en consideración el condicionamiento que, de la actuación del Consejo de Residentes, puede suponer la función atribuida *ex novo* por el Proyecto de Orden a la Asamblea General, consistente en la aprobación de las líneas generales y prioridades de actuación de aquel.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la guardia de hecho, con carácter

general, no implica facultades representativas, cuya asunción por el guardador de hecho requeriría del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, con audiencia de la persona con discapacidad, conforme al artículo 264 del Código Civil. No obstante, al hilo de lo dispuesto en el artículo 262.2 («*En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287*») conviene observar que en la relación de actuaciones en que es necesario requerir autorización judicial para actuar en representación de la persona adulta incapaz, únicamente se incluiría la consistente en actuar en la Asamblea General en su nombre si fuera considerada un «*acto de transcendencia personal o familiar*» conforme a lo señalado en el punto 1º del mencionado artículo 287.

- No se ha tenido en cuenta, por otra parte, la posibilidad de que la persona mayor con discapacidad pueda tener designado un defensor judicial conforme a lo previsto en el artículo 295 del Código Civil, cuyas funciones, no obstante lo que dicha expresión parece indicar, pueden ir más allá de la actuación en juicio.

Por otra parte, el inciso inicial del artículo 45, incidiendo en la visión estrecha de la redacción vigente del ROFRA, insiste en calificar a la Asamblea General como «*cuerpo electoral*» cuando la lectura de sus funciones, relacionadas en el apartado 2 del precepto, permite comprobar que aquellas no se limitan a la elección de los miembros del Consejo de Residentes. En dicho sentido, conviene tener en cuenta que, tal y como corrobora el Diccionario panhispánico del español jurídico, la expresión «*cuerpo electoral*» equivale a «*electorado*», que es el «*conjunto de los electores de una circunscripción*».

Asimismo, se pierde una oportunidad de mejorar técnicamente el actual reglamento en términos de seguridad jurídica, al permanecer, a título de cajón de sastre de las funciones de la Asamblea General, la referencia a «*[t]odas aquellas que*

se le atribuyan», sin referir, siquiera sea genéricamente, a qué o a quién corresponde dicha atribución (así, verbigracia, por disposición legal o reglamentaria, por acuerdo de determinado órgano de la AMAS, etcétera).

Conviene observar que, a tenor del Proyecto sujeto a informe, los apartados 3 a 5 del artículo 45 pasan a recoger el régimen de funcionamiento de la Asamblea General, que anteriormente quedaba a expensas de un acuerdo del Consejo de Administración del Servicio Regional de Bienestar Social.

4.6. También es objeto de una nueva redacción en su conjunto el artículo 46, relativo al Consejo de Residentes.

En cuanto a su composición, la nueva redacción de su apartado primero prevería la integración en él de los residentes elegidos a tal fin *«y de los familiares o personas que ejerzan alguna medida de apoyo, actuando siempre en representación de los mismos, un representante por cada residente»*. Al igual de lo señalado con respecto a la Asamblea General, ha de hacerse a una apelación a delimitar con claridad si el familiar puede actuar conjuntamente, en su caso, con la persona apoyada. Asimismo, en este caso, por el carácter electivo del cargo en el Consejo de Residentes, puede surgir una problemática adicional, consistente en si la elección debe recaer en el residente, en la persona que ejerce la medida de apoyo o en cualquiera de ellos indistintamente, y si, en caso de sobrevenir la medida de apoyo una vez iniciado el mandato, es posible realizar la sustitución entre medias de su vigencia. Sería deseable que, en la medida de lo posible, estas posibles dudas quedaran solventadas en el texto de la futura Orden.

Huelga insistir en las consecuencias prácticas que podría tener la actuación del director del centro como guardador de hecho en nombre de un determinado usuario del centro en el Consejo de Residentes.

En cuanto a las funciones del Consejo de Residentes, relacionadas en el artículo 46.2, han de proferirse algunas observaciones:

- a) Se sugiere sustituir la consistente en «*conocer el plan de actividades del centro*» por «*ser informado del plan de actividades del centro*», conviniendo aclarar si esa información debe ser previa a su aprobación.
- b) La previsión de que el Consejo pueda «*constituir grupos y comisiones de trabajo*», más que como función, convendría consignarla como una previsión de carácter orgánico.
- c) Puede suscitar cierta problemática en la práctica el hecho de que la facultad tendente a la convocatoria «*en los plazos reglamentarios de las elecciones al Consejo de Residentes*» esté diseñada sin aparente relación con el funcionamiento de la Asamblea General, toda vez que es en esta en la que se procederá a su elección -art. 45.2.b) del Proyecto-. Para evitar posibles dudas, se sugiere la posibilidad de hacer referencia expresa a aquella en el artículo 45.3.a), en el que ya se hace referencia a la posibilidad de convocar la Asamblea General por acuerdo del Consejo de Residentes.

En la redacción todavía vigente del ROFRA, el artículo 46.3 indica que «*El número de miembros del Consejo será el resultante de elegir un representante por cada cien residentes o fracción, sin que en ningún caso pueda haber menos de tres*». Dicho precepto admitía ser interpretado en el sentido de que, cuando el número de residentes fuera inferior a 100, el Consejo de Residentes estaría compuesto por tres personas. Conforme la redacción que el Proyecto pretende dar a dicho apartado, el número mínimo de miembros pasaría a ser de cinco, por lo que, en el caso de no cubrirse dicha cifra, el referido órgano dejaría de operar sus funciones hasta la siguiente elección. En la medida en que ello afecta al derecho de los residentes a participar en la marcha de los centros, se ha de sugerir la reducción del mínimo previsto.

Pasando al apartado 4 del artículo 46, no parece ajustarse a la mejor técnica jurídica el prever que el Consejo sea elegido «*por recuento de los votos emitidos en la Asamblea*». Más bien, sus miembros serán designados por la votación de los

miembros de la Asamblea (por mayoría simple, al no preverse la excepción de la regla general prevista en el artículo 45.5 del Proyecto), consistiendo el recuento en una actividad material de constatación del número y sentido de los votos emitidos.

Por su parte, el artículo 46.5 prevé que la expiración del mandato del Consejo se produzca, aparte de por la constitución de un nuevo Consejo (renovación), «*cuando el número de miembros quedase reducido a menos de la mitad*». Al respecto, se ha de tener en cuenta que el número de miembros del Consejo previsto en el artículo 46.3, es en términos generales de un mínimo de cinco, pero, en relación con los centros que cuenten con un número de 151 a 300 plazas, o de más de 301, el número respectivamente previsto de siete y nueve componentes, tiene carácter de máximo. De ahí que estimemos necesario precisar si esa reducción del número de miembros por debajo de la mitad ha de partir del mínimo, del máximo o del número efectivo de miembros elegidos.

Ha de tenerse en cuenta, además, que en este supuesto de reducción del número de miembros por debajo de la mitad (se entienda como sea esta última expresión), la expiración del mandato se prevé con carácter automático, lo que, lógicamente, producirá una situación de vacancia en el ejercicio de sus funciones.

Por lo que se refiere a la constitución del Consejo, el inciso final del segundo párrafo del artículo 47.7 prevé que tenga lugar de modo válido con la asistencia de la mitad más uno de sus miembros. En correspondencia con lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, tal constitución debería estar condicionada a la asistencia del presidente y del secretario, o de quienes les suplan, y de la mitad de sus miembros.

La anterior consideración tiene carácter esencial.

Para evitar las posibles dificultades que puedan producir las oscilaciones en la salud de los miembros del Consejo, sería aconsejable proveer la forma de sustitución de presidente y secretario en el artículo 46.3 (la del primero, por lógica, debería recaer en la figura del vicepresidente).

En relación con el mismo apartado 7 del nuevo artículo 46, ha de advertirse de la errata existente en el inciso final de su párrafo segundo, en el que se hace referencia a que «*El Consejo quedará válidamente constituida*».

Finalmente, por lo que se refiere al sistema de adopción de los acuerdos, previsto en el artículo 46.8, ha de tenerse en cuenta que no se ha previsto el sistema de votación que, teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de las personas mayores (que, en el caso de las residencias, suelen estar en situación de dependencia), debería garantizar en la medida de lo posible su carácter secreto.

5. Por lo que se refiere a la parte final del Proyecto de Orden, la disposición adicional única adapta las referencias al Servicio Regional de Bienestar Social y a las residencias de ancianos en la forma que ya ha sido objeto de comentario (vid. observaciones al nuevo artículo 44) y la disposición final establece la fecha de entrada en vigor de la Orden, que está prevista para el día siguiente al de su publicación oficial. En este último punto, se sugiere al promotor de la iniciativa reglamentaria una reflexión sobre la posible conveniencia de establecer un régimen de transición para el caso de los consejos de residentes actualmente conformados por tres o cuatro residentes. En este caso, convendría delimitar si su extinción y cese en su funcionamiento será inmediata o bien es posible su pervivencia provisional hasta que, en la siguiente Asamblea General, a través de la correspondiente votación se pueda conocer si hay un número suficiente de personas (cinco) dispuestas a integrar el referido consejo.

En virtud de lo expuesto, se procede a formular la siguiente

CONCLUSIÓN

El Proyecto de Orden sometida a consulta merece el parecer favorable de esta Abogacía General, sin perjuicio de la observancia de las consideraciones de carácter esencial, así como de las demás observaciones formuladas en el cuerpo del presente informe.

Es cuanto se tiene el honor de informar. No obstante, V.I. resolverá.

Madrid, a fecha de firma

El Letrado Jefe en la Consejería de Familia, Juventud y Asuntos Sociales

Fdo.: Tomás Navalpotro Ballesteros

CONFORME

El Abogado General de la Comunidad de Madrid

Luis Banciella Rodríguez-Miñón

**ILMA. SRA. SECRETARIA GENERAL TÉCNICA DE LA CONSEJERÍA DE
FAMILIA, JUVENTUD Y ASUNTOS SOCIALES.**