

En Logroño, a 8 de septiembre de 2006, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Bueyo Díez Jalón y D. José M<sup>a</sup> Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, siendo ponente D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Bueyo Díez Jalón, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**58/2006**

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja, sobre proyecto de Decreto por el que se establecen las medidas preventivas del tabaquismo y se regula la señalización referida a la venta y suministro de productos del tabaco, prohibición o no de fumar y sobre los perjuicios para la salud que se puedan derivar de su uso.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

Por la Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja, se ha elaborado un anteproyecto de Decreto por el que se regula la señalización referida a la venta y suministro de productos del tabaco, prohibición o no de fumar y sobre los perjuicios para la salud que se puedan derivar de su uso. Este Decreto se dicta al amparo y en desarrollo de la normativa básica del Estado, determinada por la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de Medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

En concreto, la Ley 28/2005 se configura como norma estatal básica al abrigo de lo dispuesto en los títulos competenciales del artículo 149.1, 16<sup>a</sup>, 18<sup>a</sup> y 27<sup>a</sup> de la Constitución. Ello no obstante; su Disposición Final Primera dispuso, en su apartado 2º, que, *“Corresponde a las Comunidades Autónomas, en su respectivo ámbito territorial, aprobar las normas de desarrollo y ejecución de esta Ley”*.

## Segundo

En la formación y tramitación del expediente administrativo para la elaboración de esta disposición de carácter general dictada en desarrollo de la normativa básica del Estado, se incorporan los siguientes documentos, justificativos del grado de cumplimiento legal de los trámites necesarios para la elaboración de una norma reglamentaria. A saber los siguientes:

1. Acuerdo de iniciación del procedimiento firmado por el Excmo. Sr. Consejero de Salud el 9 de febrero de 2006
2. Informe sobre la oportunidad y legalidad de la norma reglamentaria suscrita por el Comisionado Regional para la Droga el 9 de marzo de 2006.
3. Primer borrador del texto reglamentario que se propone, elaborado por la Secretaria General Técnica de la Consejería de Salud.
4. Acuerdo del Consejero de 10 de marzo de 2006, por el que se dispone la sumisión del proyecto a un período de información pública, para lo que se procede a dar publicación oficial de la mencionada resolución en el B.O.R.; fue publicado en el Boletín de 16 de marzo de 2006.
5. Sumisión del primer borrador elaborado al trámite de audiencia, según lo previsto en el artículo 36 de la Ley 4/2005, por un plazo de veinte días.
6. Relación de acuses de recibo, de Instituciones, Asociaciones, Federaciones y Centros privados a los que se ha notificado el proyecto en audiencia corporativa.
7. Informe de 21 de junio de 2006, firmado por el Secretario General Técnico, en el que se examinan las alegaciones presentadas por las instituciones consultadas.
8. Segundo borrador del Anteproyecto, elaborado el 29 de mayo de 2006, a la vista de las alegaciones evacuadas.
9. Acuerdo de 12 de julio de 2006, por el que el Secretario General Técnico de la Consejería remite el expediente para informe al Servicio de Organización, Calidad y Evaluación de la Consejería de Administraciones Públicas y Política Local.
10. Informe del SOCE de 12 de julio de 2006, por el que se informa favorablemente, desde el punto de vista organizativo y procedimental el referido proyecto.
11. Oficio del Secretario General Técnico de 21 de julio, por el que se eleva el expediente para informe de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma.
12. Informe de 29 de agosto de 2006, por el que el Letrado Mayor informa favorablemente con ciertas precisiones el referido Anteproyecto
13. Tercer y último borrador que se formaliza tras aceptar las matizaciones jurídicas emitidas por el Letrado Mayor. Es éste el que se eleva a conocimiento del Consejo Consultivo.

14. Memoria final de 31 de agosto de 2006, en la que se examina la conveniencia y oportunidad de la norma proyectada, su marco normativo, sus efectos económicos y los trámites e informes que se insertan en el expediente. En la misma se expresa la preceptividad de la consulta del Consejo Consultivo.

### **Antecedentes de la consulta**

#### **Primero**

Por escrito de 1 de septiembre de 2006, registrado de entrada en este Consejo el mismo día, el Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

#### **Segundo**

Mediante escrito de fecha 1 de septiembre de 2006, registrado de salida el día 4 de septiembre de 2006, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

#### **Tercero**

Asignada la ponencia a la Consejera señalada en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero**

##### **Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo.**

El artículo 11.a) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, determina que el Consejo deberá ser consultado en relación con *“los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes estatales o autonómicas”*; precepto que viene a reiterar el artículo 12.2.C) del

Reglamento Orgánico y Funcional del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero.

En el presente caso, la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo no plantea ningún género de dudas, habida cuenta la naturaleza del proyecto de reglamento sometido a nuestra consideración, que se dicta en desarrollo de la normativa básica del Estado constituida por la Ley 28/2005, de 26 de diciembre.

El Proyecto de Decreto se ha elaborado en el marco de la citada Ley estatal y al amparo de la competencia que ostenta la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de Sanidad, de conformidad con el artículo 9.5 del Estatuto de Autonomía.

En cuanto al ámbito de este dictamen, según hemos manifestado en reiteradas ocasiones y teniendo en cuenta lo dispuesto en nuestra Ley reguladora, procede un *juicio de estatutoriedad*, examinando la adecuación del texto al Estatuto de Autonomía y, por extensión, al bloque de constitucionalidad definido en el artículo 28.1º de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en el que se inserta; así como un *juicio de legalidad*, esto es, sobre la adecuación de la norma reglamentaria proyectada a la Ley que le sirve de cobertura y del consiguiente respeto del *principio de jerarquía normativa*, para de este modo, evitar, mediante este control previo de legalidad, que la norma proyectada pueda quedar incurso en alguno de los vicios de nulidad de pleno Derecho expresados en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC).

## **Segundo**

### **Cumplimiento de los trámites del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general.**

Este Consejo Consultivo viene insistiendo con reiteración sobre la importancia de observar las prescripciones establecidas en la Ley en lo que se refiere al procedimiento para la elaboración de las disposiciones generales, no sólo como garantía de acierto en su elaboración, sino, además, por cuanto su incumplimiento es susceptible de ser apreciado, por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa y en caso de recurso, como generador de la ineficacia misma de las normas reglamentarias aprobadas.

En el presente caso, se ha de someter a enjuiciamiento si se han cumplido los trámites establecidos en los artículos 33 a 41 de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, puesto que la elaboración del proyecto de reglamento se inició tras la entrada en vigor de la misma.

Dentro del Título III, el Capítulo I de esta Ley 4/2005, se dedica a los Reglamentos, y en especial su Sección 2ª, al procedimiento de elaboración de las normas reglamentarias, a cuyas disposiciones hemos de acudir para examinar el grado de cumplimiento formal en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

### **1. Iniciación.**

Dispone expresamente el artículo 33 de la Ley 4/2005, en relación con el órgano competente para acordar el inicio del expediente cuanto sigue:

*“ 1. El procedimiento para la elaboración de los reglamentos se iniciará mediante resolución del órgano administrativo competente por razón de la materia.*

*2. La resolución de inicio expresará sucintamente el objeto y finalidad de la norma, las normas legales que en su caso deba desarrollar, así como el fundamento jurídico relativo a la competencia ejercida”.*

Por razón de la materia, la competencia para iniciar este expediente se residencia en la Consejería de Salud, y en concreto en el titular del Departamento, pues así ha sido precisado reiteradamente por este Consejo Consultivo, entre otros, en los Dictámenes 122 y 125/2005. Con ello se da satisfacción a este requisito formal en el expediente, pues consta que fue iniciado por Resolución del Consejero de Salud el 9 de febrero de 2006.

En cuanto a la Resolución por la que se inicia la puesta en marcha del procedimiento, ha de contar, como tal acto de trámite, de los elementos mínimos exigidos legalmente por el artículo 33.2º de la Ley 2/2005, a saber:

1º El *objeto y finalidad de la norma*: en este caso, se expresa en la Orden de incoación suscrita por el Consejero que la finalidad de la norma estriba en la necesidad de desarrollar un mandato legal contenido en la Disposición Final Primera, párrafo 2 de la Ley 28/2005.

2º Las *normas legales que desarrolla*, que se concreta, en la citada normativa básica del Estado y, por su parte, en la Ley autonómica 5/2001, de 17 de octubre, de Drogodependencias y otras adiciones.

3º El *fundamento jurídico relativo a la competencia ejercida*, del cual adolece el acuerdo de iniciación del expediente, pues es preciso traer a colación en la misma, no el ejercicio de la función o funciones administrativas atribuidas al Centro Directivo, sino el concreto título habilitante estatutario en virtud del cual la Comunidad Autónoma de La Rioja pueda fundar el ejercicio de la potestad reglamentaria en dicha materia concreta.

## **2. Elaboración del borrador inicial y memoria justificativa.**

En cuanto a estos trámites, el artículo 34 de la Ley 4/2005 dispone expresamente que:

*“ 1. El órgano del que emane la resolución de inicio elaborará un borrador inicial integrado por un preámbulo y por el texto articulado del reglamento que incluirá, en su caso, una disposición derogatoria de las normas anteriores que resulten afectadas.*

*2. El borrador inicial irá acompañado de una memoria justificativa acerca de la necesidad de la aprobación de la nueva norma, de su adecuación al objeto y finalidad fijados en la resolución de inicio, la incidencia que habrá de tener en el marco normativo en que se inserte, una relación de las disposiciones afectadas y la tabla de vigencias de las disposiciones anteriores sobre la misma materia, así como una valoración de los efectos previsibles que puedan seguirse de su aplicación. Finalmente, incluirá, en su caso, también los estudios e informes previos que le sirvan de fundamento, así como una relación de aquellos informes o trámites que se consideren necesarios en la tramitación del expediente.*

*3. En los casos de creación de nuevos servicios o de modificación de los existentes, o aquellos en los que de la aplicación del reglamento se prevea que van a derivar derechos y obligaciones de carácter económico, deberá adjuntarse al expediente un estudio del coste y financiación.”.*

Pues bien, al amparo de este precepto, hemos de examinar el grado de cumplimiento de estos trámites procedimentales en el expediente sometido a la consulta preceptiva.

En concreto, debidamente indexado el expediente, lo primero que hallamos es el primer borrador de la norma proyectada, y se une al mismo una Memoria justificativa expresiva del marco normativo y oportunidad de la norma, de su contenido, de su estudio económico, de las disposiciones a las que afectará y de la necesidad de sometimiento de la misma al trámite de información pública.

En lo tocante al apartado 3º del artículo 34 de la Ley 4/2005, que exige un estudio económico de la norma en los casos de creación de nuevos servicios o de modificación de los existentes, el Anteproyecto que nos ocupa crea nuevos servicios administrativos, por lo que resulta innecesaria una Memoria económica.

## **3. Anteproyecto de reglamento.**

Dispone a continuación, el artículo 35 de la Ley 4/2005:

*“ 1. Una vez elaborado el borrador inicial, así como la documentación complementaria a que se refiere el artículo anterior, el expediente se remitirá a la Secretaría General Técnica de la*

*Consejería, cuyo titular, a la vista de su contenido declarará, en su caso, formado el expediente de anteproyecto y acordará la continuación del procedimiento por la propia Secretaría General Técnica.*

*2. Por la Secretaría General Técnica de la Consejería se determinarán los trámites e informes que resulten necesarios para garantizar el acierto y legalidad del reglamento.*

*3. Cuando se observaran defectos en la formación del expediente por el órgano administrativo que dictó la resolución de inicio el mismo podrá ser devuelto al citado centro a efectos de que se proceda a su subsanación”.*

Este trámite se encuentra debidamente cumplimentado por la disposición reglamentaria que examinamos, acordando tanto la sumisión del Anteproyecto al trámite de información pública como al posterior de audiencia corporativa.

#### **4. Trámite de audiencia.**

Según el artículo 36 de la Ley 4/2005:

*“ 1. El Anteproyecto deberá someterse a la audiencia de los interesados, directamente o por medio de las entidades reconocidas por la Ley que los agrupen o los representen, en los siguientes casos:*

*a) Cuando lo exija una norma con rango de Ley.*

*b) Cuando la disposición afecte a derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.*

*2. No será exigible el trámite previsto en el punto anterior respecto de las entidades citadas si han sido consultadas en el procedimiento de elaboración o si han intervenido en él mediante la emisión de informes o participación en órganos colegiados.*

*3. La audiencia no será exigible en relación con los proyectos de disposiciones que regulen la organización del Gobierno, de la Administración General de la Comunidad Autónoma o de los entes integrantes de su Sector Público, salvo que en alguno de estos casos se regule la participación de los ciudadanos o de sus organizaciones y asociaciones representativas en el ejercicio de sus funciones u órganos. Tampoco será exigible el trámite de audiencia en relación a aquellas disposiciones que tengan por objeto exclusivo la regulación de los tributos o ingresos de derecho público.*

*4. El plazo de la audiencia debe ser adecuado a la naturaleza de la disposición, y no inferior a quince días. Por razones justificadas, y mediante acuerdo o resolución debidamente motivado, este plazo podrá reducirse a siete días”.*

En cumplimiento de este precepto, fueron consultadas y se les concedió un plazo de veinte días para formular alegaciones, las siguientes entidades y corporaciones.

*- la Federación de Empresarios de La Rioja; la Cámara Oficial de Comercio e Industria de La Rioja; la Asociación de Hostelería y Restauración de La Rioja (ARBACARES); la Asociación Hostelera Riojana (AHORA); la Asociación de Bares del Casco Antiguo de Logroño; la Asociación de Bares de copas de Haro; Alcampo (Centro Comercial Parque Rioja); Centro Comercial Berceo; U. G. T.; CC. OO.; C.S.I.-C.S.I.F.; U.S.O; STAR (Sindicato de Trabajadores de la Administración Riojana); Colegio Oficial de Farmacéuticos de La Rioja; Colegio Oficial de Médicos de La Rioja; Colegio Oficial de Psicólogos de La Rioja; Colegio Oficial de Veterinarios de La Rioja; Colegio Oficial de Diplomados en Enfermería; Universidad de La Rioja; Asociación de Consumidores Independientes de La Rioja (ACIR); Asociación Independiente de Consumidores y Usuarios de La Rioja (AICUR); Unión de Consumidores de La Rioja (UCR); Informacu-Rioja; Federación Riojana de Municipios; Empresas de Bingo de La Rioja; Electra Rioja- Gran Casino; Ayuntamiento de Logroño, y Asociación de Empresarios de empresas y salones recreativos de La Rioja (ARASAREMA).*

Por conducto interno fueron también consultados otros Centros Directivos adscritos a distintas Consejerías, como lo son, la Dirección General de Tributos de la Consejería de Hacienda y la Secretaria General Técnica de la Consejería de Juventud, Familia y Servicios Sociales.

De todas las Asociaciones y Entidades consultadas presentaron sus oportunas alegaciones al texto normativo proyectado las siguientes:

*-Electra Rioja –Gran Casino; U.S.O; el Secretario General de la Federación de Empresarios de La Rioja; el Delegado en La Rioja del Comité Nacional para la prevención del tabaquismo; el Presidente de la Sociedad Riojana de Medicina de Familia y Comunitaria; el Director General de ARBACARES; el Gerente del Centro; la Secretaria General de la Universidad de La Rioja Comercial Berceo; el Vicepresidente del Colegio Oficial de Médicos, y la Asociación “Sin Barreras”.*

Todas estas alegaciones fueron analizadas jurídicamente, procediendo a su estimación, o en su caso, a su rechazo en un informe obrante en el expediente emitido el 21 de junio de 2006, y suscrito por el Secretario General Técnico de la Consejería de Salud.

Ante la amplia y diversa gama de consultas cursadas, entendemos que el trámite de audiencia se ha cumplido satisfactoriamente.

Tras estas alegaciones, se formula un segundo borrador de la disposición reglamentaria.

## **5. Información y participación.**

A tenor del artículo 37 de la Ley 4/2005:

*“ Cuando lo exija la naturaleza de la disposición y lo decida el Consejo de Gobierno o el Consejero competente, el proyecto será sometido a información pública*

*La información pública tendrá por objeto facilitar la más amplia participación de los ciudadanos. En su comunicación y desarrollo se procurará el uso de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos que contribuyan a facilitar la efectiva participación.*

*El plazo de información pública será adecuado a la naturaleza de la disposición y en ningún caso, inferior a veinte días. La determinación del plazo corresponderá al órgano que decida su procedencia”.*

Con gran acierto esta nueva Ley, en concordancia con el artículo 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno, ha querido distinguir en la instrucción de estos procedimientos especiales por los que se encauza el ejercicio de la potestad reglamentaria, dos trámites distintos y a veces complementarios: de un lado, la audiencia individual o corporativa –siguiendo lo predicado por el artículo 105 a) de la Carta Magna-; y, por otro, el de información pública.

Si bien la audiencia es calificada legalmente, como regla general, de forma preceptiva (“*deberá someterse*”, tal y como se colige del artículo 36.1º de la Ley 4/2005); la información pública y la participación gozan del carácter de potestativa, “*Cuando lo exija la naturaleza de la disposición y lo decida el Consejo de Gobierno o el Consejero competente*” (artículo 37.1º de la Ley 4/2005).

En el expediente consultado, se ha dado debido cumplimiento a las dos exigencias, pues también obra la sumisión al trámite de información pública dando publicidad oficial a la existencia del procedimiento (BOR de 16 de marzo de 2006).

## **6. Intervención de los Entes locales.**

Dispone el artículo 38 de la Ley 4/2005 que,

*“ El órgano responsable de la tramitación adoptará las medidas que hagan posible la participación de los Entes Locales de la Comunidad Autónoma de La Rioja en el procedimiento cuando el anteproyecto de disposición afecte a las competencias de éstos”.*

Dado que la materia tratada en el proyecto de disposición reglamentaria no afecta al ámbito competencial de las Entidades Locales no es precisa su intervención, no obstante se sometió a consulta de la Federación Riojana de Municipios y al Ayuntamiento de Logroño.

## **7. Informes y dictámenes preceptivos.**

De conformidad con el artículo 39 de la Ley 4/2005,

*“ 1. Los informes preceptivos y los dictámenes de los órganos consultivos se solicitarán en el momento y en la forma que determinen sus disposiciones reguladoras. El plazo para su emisión será el previsto en ellas, y a falta de previsión expresa, el de diez días.*

*2. De no emitirse el informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de las responsabilidades en que incurra el responsable de la demora, se podrán proseguir las actuaciones cualquiera que sea el carácter del informe solicitado, excepto en los supuestos de informes preceptivos que sean determinantes para la tramitación del reglamento, en cuyo caso podrá interrumpirse la misma en tanto no se emitan e incorporen al expediente. El plazo de espera no podrá exceder en ningún caso de tres meses, salvo disposición legal que determine un plazo menor o establezca otros efectos ante la falta de emisión.*

*3. El anteproyecto de reglamento será informado por la Dirección General de los Servicios Jurídicos una vez cumplimentados todos los trámites y previamente a la emisión de los dictámenes que, en su caso, resulten procedentes”..*

En el presente expediente se han respetado los informes preceptivos siguientes:

-El *Informe del Comisionado Regional para la Droga* de 9 de marzo de 2006, que viene a ser la Memoria inicial del proyecto reglamentario, en el que se justifica la necesidad y oportunidad de la misma.

-El *Informe del Servicio de Organización, Calidad y Evaluación*, dictado en aplicación del artículo 28 del Decreto 58/1997, de 30 de diciembre, por cuanto afecta a una materia de carácter organizativa y procedimental, y por ende, goza del carácter de preceptivo. Fue emitido el 12 de julio de 2006, y en él expresa la conformidad de la norma.

-*Informe de los Servicios Jurídicos de la Comunidad*. Con fecha de 29 de agosto de 2006, el anteproyecto de reglamento (en la terminología empleada por el artículo 39.3º de la Ley 4/2005) es informado por la Dirección General de los Servicios Jurídicos, una vez cumplimentados todos los trámites anteriores, como último informe jurídico, pero previo a los que las leyes especiales establezcan como preceptivos, como lo es, en este caso, el Dictamen del Consejo Consultivo “*ex*” artículo 11, c) de la Ley 3/2001.

Se ha de advertir que, tras el Informe de los Servicios Jurídicos, se procede a redactar otro borrador, el tercero, que es el que se eleva a conocimiento de este Órgano Consultivo.

Esta práctica de redacción de varios borradores incorporados al expediente ya ha sido valorada en múltiples Dictámenes de este Consejo, recogidos en las *Observaciones y Sugerencias* elaboradas en la Memoria correspondiente al año 2002. Basta con que existan dos borradores, uno inicial, en el que, tras un examen exhaustivo de la materia, se proceda a su articulación con visos de seriedad; y otro final, en el que se corrijan defectos materiales o formales que hayan sido advertidos durante la instrucción del procedimiento. A esta idea responde actualmente el contenido del artículo 40 de la Ley 4/2005.

## **8. Integración del expediente y memoria final del anteproyecto.**

Preceptúa el artículo 40 de la Ley 4/2005 que,

*“ 1. Concluidas las actuaciones de instrucción y con carácter previo a la emisión del dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja que en su caso deba emitirse, la Secretaría General Técnica encargada de la tramitación elaborará una memoria sucinta de todo el procedimiento, en la que se reseñarán los antecedentes, los trámites practicados y su resultado, las modificaciones introducidas en el texto del anteproyecto como consecuencia del contenido de los documentos e informes resultantes de los trámites de audiencia, información pública e informes preceptivos, así como una exposición motivada de aquellas que hayan sido rechazadas. La memoria deberá recoger expresamente una declaración motivada de la adecuación al ordenamiento jurídico del texto del anteproyecto.*

*2. El expediente de elaboración del reglamento se ordenará a partir de la resolución de inicio seguido del anteproyecto y documentación correspondiente, así como de los estudios y consultas evacuados y demás actuaciones practicadas.*

*3. En aquellos casos en que proceda la emisión de dictámenes por el Consejo Consultivo, y una vez recibido el mismo, se procederá a introducir las modificaciones que procedan en el texto del anteproyecto formulándose por la Secretaría General Técnica correspondiente la memoria final del anteproyecto, en aquellos casos en que la misma resulte necesaria, que precederá en todo caso a la formalización del proyecto de reglamento”.*

Por último, a la redacción del tercer borrador que se eleva a nuestro conocimiento se adjunta la Memoria “sucinta” de todo el procedimiento, en la que se expresan los antecedentes, los trámites practicados.

Es en éste momento y dentro del contenido de esta Memoria, donde la Secretaria General Técnica ha de proceder al análisis de las distintas alegaciones, matizaciones y observaciones formalizadas en el trámite de audiencia o en los informes jurídicos preceptivos, en unidad de acto, y no de forma independiente para cada uno de aquellos,

como ocurre en el expediente tramitado, así como una exposición motivada de aquellas que hayan sido rechazadas.

Es mas, a tenor del artículo 40 de la Ley 4/2005, esta Memoria es la que sirve para justificar la admisión o el rechazo de las observaciones, en la que se ha de presenciar la debida motivación del rechazo o el cambio normativo que va a experimentar la norma ante el supuesto de que se acojan algunas de aquéllas.

Además, el artículo 40.1º in fine de la Ley 4/2005, exige que la Memoria deberá recoger expresamente una declaración motivada de la adecuación al ordenamiento jurídico del texto del Anteproyecto, de la cual adolece la emitida por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud, de 31 de agosto de 2006.

Teniendo en consideración que nos hallamos todavía en la fase previa de aprobación del Anteproyecto, los defectos formales observados constituyen meras irregularidades no invalidantes del procedimiento, que han de ser subsanadas tras la evacuación del presente Dictamen, con carácter previo a la redacción de la Memoria final y aprobación del Proyecto de decreto que se someterá a la aprobación del Consejo de Gobierno (artículos 41 y 42 de la Ley 4/2005).

### **Tercero**

#### **Competencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja para regular la materia proyectada.**

La norma reglamentaria proyectada encuentra adecuada cobertura en el artículo 9 del Estatuto de Autonomía de La Rioja, que le atribuye como título competencial, dentro del marco de la normativa básica del Estado, y en los términos en que ésta establezca, la competencia para el desarrollo legislativo y ejecución, de las siguientes materias: “5. *Sanidad e higiene*”.

De este modo, amén de proceder a dar satisfacción a lo preceptuado en la Disposición Final Primera, apartado 2, de la Ley 28/2005, viene a completar el ordenamiento autonómico sobre la materia, que en la actualidad se halla en la vigente Ley 5/2001, de 17 de octubre, de Drogodependencias y otras adicciones; además de ser complemento de la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de La Rioja, pues afecta a la protección de la salud.

## **Cuarto**

### **Cobertura legal del Anteproyecto de reglamento.**

El Anteproyecto de reglamento que dictaminamos no es sino un “reglamento ejecutivo”, de desarrollo de la normativa básica del Estado rectora de las limitaciones en la venta, suministro y consumo de los productos del tabaco, así como reguladora de la publicidad, promoción y patrocinio de dichos productos, con la finalidad, en primer lugar, de proteger la salud de la población; y, por otro de promover los mecanismos necesarios para la prevención y control del tabaquismo.

En el ámbito estatal, con fecha 26 de diciembre de 2005, fue aprobada la Ley 28/2005, de Medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro y la publicidad de los productos del tabaco.

En su Exposición de Motivos, señala que, según los datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), se estima que el consumo de tabaco es responsable del 90 por 100 de la mortalidad por cáncer de pulmón, del 95 por 100 de las muertes por enfermedad pulmonar obstructiva crónica, del 50 por 100 de la mortalidad cardiovascular y del 30 por 100 de las muertes que se producen por cualquier tipo de cáncer. En España, fallece cada año como consecuencia del consumo de tabaco un número de personas que representa el 16 por 100 de todas las muertes ocurridas en la población mayor de treinta y cinco años. Asimismo, hay evidencias científicas de que el humo del tabaco en el ambiente (consumo pasivo o involuntario de tabaco) es causa de mortalidad, enfermedad y discapacidad. La Agencia Internacional de Investigación del Cáncer de la OMS ha determinado que la exposición al aire contaminado con humo del tabaco es carcinogénica en los seres humanos.

El consumo de tabaco, como factor determinante de diferentes patologías y como causa conocida de muerte y de importantes problemas sociosanitarios, constituye uno de los principales problemas para la salud pública; de ahí, pues, la necesidad de implantar medidas dirigidas a su prevención, limitar su oferta y demanda y regular su publicidad, promoción y patrocinio.

Por la Ley se incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco.

La Ley se articula en cinco Capítulos, dedicados respectivamente a la regulación de las disposiciones generales, las limitaciones a la venta, suministro y consumo de los productos del tabaco, la regulación de su publicidad, promoción y patrocinio, medidas de prevención del tabaquismo, de promoción de la salud y de facilitación de la deshabituación tabáquica, así como el régimen de las infracciones y sanciones.

Según la Disposición Final Primera:

*“1. Esta ley se dicta con carácter básico al amparo del artículo 149.1.1ª, 16ª, 18ª y 27ª de la Constitución. Se exceptúa de lo anterior el artículo 10, que se dicta al amparo del artículo 149.1.9ª de la Constitución.*

*2. Corresponde a las Comunidades Autónomas, en su respectivo ámbito territorial, aprobar las normas de desarrollo y ejecución de esta Ley”.*

En lo que ahora interesa a efectos del análisis del anteproyecto de Decreto, la Ley distingue, en cuanto a consumo de tabaco, entre los lugares en los que está totalmente prohibido (artículo 7) y aquellos otros en los que, pese a esa prohibición, se permite la habilitación de zonas para el consumo de tabaco (artículo 8). Estas zonas, según el artículo 8.2, podrán habilitarse siempre que reúnan, al menos, y entre otros requisitos que exige el precepto, los siguientes:

*“a) Deberán estar debida y visiblemente señalizadas, en castellano y en la lengua cooficial, con las exigencias requeridas por las normas autonómicas correspondientes.*

*b) Deberán estar separadas físicamente del resto de las dependencias del centro o entidad y completamente compartimentadas, y no ser zonas de paso obligado para las personas no fumadoras, salvo que éstas tengan la condición de trabajadoras o empleadas en aquéllas y sean mayores de dieciséis años.*

*c) Deberán disponer de sistemas de ventilación independiente u otros dispositivos o mecanismos que permitan garantizar la eliminación de humos.*

*d) En todo caso, la superficie de la zona habilitada deberá ser inferior al 10 % de la total destinada a clientes o visitantes del centro o establecimiento, salvo en los supuestos a que se refiere las letras b) c) y d) del apartado anterior, en los que se podrá destinar como máximo, el 30 % de las zonas comunes para las personas fumadoras. En ningún caso, el conjunto de las zonas habilitadas para los fumadores en cada uno de los espacios o lugares a que se refiere el apartado 1 de este artículo podrá tener una superficie superior a trescientos metros cuadrados”.*

*En los lugares designados en la letra b) del apartado 1 de este artículo, se podrá reservar hasta un 30 % de habitaciones para huéspedes fumadores.*

*e) En los establecimientos en los que se desarrollen dos actividades, separadas en el espacio, de las enumeradas en este artículo, la superficie útil se computará para cada una de ellas*

*de forma independiente, excluyendo del cómputo las zonas comunes y de tránsito, en las que en ningún caso, se permitirá el consumo de tabaco”.*

El Capítulo V establece el régimen de infracciones y sanciones, disponiendo el artículo 22.2 que:

*“Los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía, en su caso, ejercerán las funciones de control e inspección, de oficio o a instancia de parte, así como la instrucción de expedientes sancionadores e imposición de sanciones”.*

En la Disposición Adicional Segunda se establece el régimen especial de los pequeños establecimientos de hostelería y restauración en los que está permitido fumar, disponiendo lo siguiente:

*“Los establecimientos de hostelería y restauración, en los que no existe prohibición legal de fumar, por tratarse de establecimientos cerrados, que sirvan alimentos y/o bebidas para su consumo, con una superficie útil destinada a clientes y/o visitantes inferior a cien metros cuadrados, deberán informar, en la forma que se señale en la normativa autonómica, en castellano y en la lengua cooficial, acerca de la decisión de permitir fumar o no en su interior...”.*

Y la Disposición Adicional Tercera referente a los centros o dependencias en los que existe prohibición legal de fumar, establece que:

*“En los centros o dependencias en los que existe prohibición legal de fumar deberán colocarse en su entrada, en lugar visible, carteles que anuncien la prohibición del consumo de tabaco y los lugares en los que, en su caso, se encuentran las zonas habilitadas para fumar de acuerdo con el artículo 8.2”.*

El Proyecto de Decreto se ha elaborado en el marco de la citada Ley estatal y al amparo de la competencia que ostenta la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de Sanidad, de conformidad con el artículo 9.5 del Estatuto de Autonomía.

## **Quinto**

### **Algunas reflexiones sobre la eventual inconstitucionalidad de la Ley 28/2005.**

La Ley 28/2005 se dicta al amparo de varios títulos competenciales, en virtud de los cuales el Estado se reserva la competencia para determinar las normas básicas, y así en la Disposición Final Primera, en su primer apartado, invoca como tales los contemplados en el artículo 149.1.1ª, 16ª, 18ª y 27ª de la CE.

En esencia y dado que fundamentalmente nos hallamos ante la protección de la salud plasmada en la adopción de políticas públicas tendentes a la prevención del tabaquismo, el título primordial se ha de centrar en el artículo 149.1.16ª de la CE, “*Bases y*

*coordinación general de la sanidad*”. Si bien, la ley estatal en la referida disposición traslada a las Comunidades Autónomas la obligación de aprobar las normas de desarrollo y ejecución de la ley.

Un examen jurídico del texto legal provoca una reflexión sobre el concepto de “normación básica” fijado por la doctrina del TC, y en concreto, a lo que el Alto Tribunal denominó concepción material de lo básico, pues la normativa básica no puede ser sustancialmente tan minuciosa o detallista que cercene o deje sin margen de actuación otros títulos competenciales propios de las Comunidades Autónomas.

Según reiterada y constante doctrina del TC,-y olvidándonos para el supuesto que dictaminamos, de la concepción formal de lo básico,-, el concepto de «bases» o, más en concreto, de «legislación básica», es un *concepto material* que pretende «*garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto*» (SS TC 32/1981; 1/1982; 32/1983; 48 y 49/1988; , 69/1988; y otras más recientes como SS 149/1991; 141/1993; 109/2003; , etc.]).

En virtud de esa definición material de lo básico, corresponde al legislador estatal delimitar su contenido y alcance, pero sin alterar el orden constitucional y estatutario de competencias y sin que ello suponga que deba aceptarse en todo caso el criterio del legislador estatal, pues, si la calificación de un precepto como básico resulta impugnada, corresponde al Tribunal Constitucional, en tanto que intérprete supremo de la Constitución, revisar dicha calificación y deducir, en última instancia, si la norma es o no materialmente básica (SS TC 69/1988, 227/1988, 15/1989y 50/1999, entre otras).

El Estado al establecer el común denominador normativo que encierran las bases, y a partir del cual cada Comunidad Autónoma con competencias de desarrollo legislativo puede regular la materia con arreglo a sus peculiaridades e intereses (por todas sirvan las SS TC 49/1988, fundamento jurídico 3º; 225/1993, fundamento jurídico 3º; 197/1996, fundamento jurídico 5º y 50/1999, fundamento jurídico 3º), no puede hacerlo con un grado tal de detalle y de forma tan acabada o completa que prácticamente impida la adopción por parte de las Comunidades Autónomas de políticas propias en la materia mediante el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo y de ejecución. Como se afirma, entre otras, en la STC 147/1991:

*“La definición de las bases, en el ámbito de la legislación compartida, tiene por objeto crear un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual las Comunidades Autónomas dispongan de un margen de actuación que les permita, mediante la competencia de desarrollo legislativo, establecer los ordenamientos complementarios que*

*satisfagan sus peculiares intereses, por ello, en principio, debe entenderse que excede de lo básico toda aquella ordenación que, por su minuciosidad y detalle, no deja espacio alguno a la competencia autonómica de desarrollo legislativo, produciéndose en tal caso, por regla general, un resultado de vulneración competencial que priva a lo presentado como básico de su condición de tal» (fundamento jurídico 5º).*

En este sentido, y pese a que el Decreto proyectado ha de ajustarse a la normativa estatal básica vigente, que es de ineludible cumplimiento mientras no sea anulada por el Tribunal Constitucional, lo cierto es que la competencia ejercida por el Estado y el desarrollo tan exhaustivo que hace la Ley, deja escaso o nulo margen de actuación a las competencias propias de las Comunidades Autónomas en el desarrollo de sus políticas públicas tendentes a la prevención del tabaquismo como medida para la protección de la salud.

Lógico corolario de todo lo expuesto y a la luz de la doctrina del T.C, es criterio de este Consejo Consultivo reprochar sobre dicha legislación estatal básica un calificativo de inconstitucional; primero, porque cercena excesivamente la libertad constitucional de empresa; y segundo, porque resulta excesivamente detallista, de forma que no respeta el concepto material de bases, tal y como ha sido definido por el Tribunal Constitucional, no dejando prácticamente margen a las Comunidades Autónomas para definir sus propias políticas en la materia, por lo que la remisión que efectúa a su desarrollo autonómico por las Comunidades Autónomas resulta excesivamente limitada.

Todas estas circunstancias pudieran haber sido alegadas por las Comunidades Autónomas por vía de un recurso de inconstitucionalidad o pudieran serlo en el futuro por vía de cuestiones de inconstitucionalidad.

Ahorai bien, en tanto que la norma legal no ha sido expulsada del ordenamiento jurídico por un pronunciamiento del TC, dado nuestro sistema de “justicia constitucional concentrada”, el juicio de legalidad ordinaria del anteproyecto consultado se ha de hacer desde la referida Ley 28/2005.

## **Sexto**

### **Observaciones concretas al texto del Reglamento proyectado.**

A juicio de este Consejo Consultivo, la norma proyectada desarrolla y complementa los aspectos en los que la normativa básica del Estado llama a los títulos competenciales propios de las Comunidades Autónomas. El parámetro de la legalidad del Anteproyecto de reglamento no es otro que la propia Ley 28/2005; pudiendo afirmar, en esencia, que el Anteproyecto que dictaminamos respeta los límites mínimos preceptuados en la normativa básica estatal, máxime cuando nos encontramos ante una norma eminentemente técnica reguladora de las formas de señalización de los establecimientos autorizados para la venta

y suministro de tabaco; de las prohibiciones totales de fumar, de las zonas habilitadas para ello y de la ubicación de dichas señales: formato, colores, tipografía, construcción y materiales de las señales.

No obstante, hemos de advertir una serie de cuestiones jurídicas acerca de su articulado, que pueden entrar en colisión con los mínimos impuestos por la Ley 28/2005.

En concreto, aparecen ciertas contradicciones *in terminis* con la normativa básica del Estado en la redacción dada a algunos de los preceptos del Capítulo I del Anteproyecto que dictaminamos dedicado a las disposiciones generales del reglamento.

### **Capítulo I. Disposiciones generales.**

Es en este apartado normativo donde más se ha de intensificar el enjuiciamiento de la legalidad del proyecto reglamentario, pues no puede apartarse de los conceptos básicos que para todo el territorio nacional ha fijado el Legislador estatal en la Ley 28/2005, con la caracterización de “normativa básica del Estado”.

En todo caso, la norma autonómica proyectada ha de respetar y reproducir fielmente, sin ningún tipo de relajación, ni flexibilización, las limitaciones a la venta, suministro y consumo de productos del tabaco, pues no sólo se trata de legislación básica sino que, además, ha de prevalecer la protección a la salud frente a las prácticas del tabaquismo.

En cuanto a las limitaciones a la venta y suministro, la Ley 28/2005, en concordancia con la normativa estatal existente que disciplina el mercado de tabacos, dispone que la venta y suministro al por menor de productos del tabaco sólo podrá realizarse en la red de expendedurías de tabaco y timbre o a través de máquinas expendedoras que cuenten con las autorizaciones administrativas oportunas, por lo que expresamente queda prohibida su venta en cualquier otro lugar o medio (artículos 3 y 4).

Además, la norma estatal, con su carácter de limitación mínima, prohíbe expresamente la venta o entrega de tabaco a personas menores de 18 años, así como cualquier otro producto que le imite o induzca a fumar. Igualmente, se prohíbe la venta de tabaco por personas menores de 18 años. En cualquier caso, la normativa básica, que necesariamente ha de ser respetada por las disposiciones de desarrollo autonómicas, prohíbe la venta y suministro de labores del tabaco en determinados centros y dependencias relacionados expresamente en el artículo 5 de la Ley 28/2005, tales como dependencias de las Administraciones Públicas y entidades de derecho público, centros sanitarios o de servicios sociales y sus dependencias, centros docentes, centros culturales, centros e instalaciones deportivas, centros de atención y ocio de los menores de edad, así como cualquier otro lugar o centro donde quede prohibido expresamente el consumo de tabaco.

En cuanto a las limitaciones sobre el consumo, la Ley estatal parte de la distinción entre lugares donde se establece la prohibición total de fumar (artículo 7) y lugares donde se prohíbe fumar pero se permite la habilitación de zonas para fumar (artículo 8.1), siempre que se cumplan determinados requisitos establecidos legalmente (artículo 8.2), tales como, una señalización adecuada, la separación física del resto de las dependencias y la dotación de sistemas de ventilación independiente. Ante la tensión de distintos sectores implicados, como lo son, por un lado, el derecho a la protección de la salud de los no fumadores, y por otro, las necesarias obras de adaptación de espacios a acometer por el sector hostelero y de la restauración, la Disposición Transitoria Tercera concedió un régimen transitorio de ocho meses desde la entrada en vigor de la Ley 28/2005 (desde el 1 de enero de 2006), para separar y señalar debidamente las zonas de fumadores y no fumadores.

Es en lo tocante al consumo de tabaco y en especial a la distinción de los supuestos de prohibición total de fumar y zonas habilitadas para fumar donde hemos de centrar la atención sobre lo que dispone el Anteproyecto del reglamento autonómico. En concreto, estimamos que entran en contradicción con la Ley 28/2005, en los términos anteriormente expuestos, los siguientes preceptos del desarrollo reglamentario sometido a nuestra consulta:

**-Artículo 3. Centros de trabajo.** El reglamento mantiene la prohibición de fumar en los centros de trabajo, si bien, a renglón seguido, la misma queda excepcionada para bares, cafeterías y establecimientos asimilados ubicados en el interior de centros de trabajo públicos o privados. Esta excepción, consideramos que contraviene el artículo 7, a) de la Ley 28/2005, en relación con el artículo 8.1, j) del mismo texto legal.

**-Artículo 5. Establecimientos en los que se desarrollan dos o más actividades.** En este caso, el precepto del Anteproyecto autonómico se remite a la aplicación de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 28/2005, dedicada ésta al régimen especial de los pequeños establecimientos de hostelería y restauración en los que está permitido fumar, con una superficie inferior a 100 metros cuadrados, en los que se sirvan alimentos y bebidas para su consumo.

Consideramos que la concurrencia o compatibilidad de dos actividades en un mismo local o centro, en los que resulte posible habilitar zonas para fumadores ha de sujetarse al régimen general previsto en el artículo 8.2º de la Ley 28/2005, pues específicamente la letra e) del precepto establece que,

*“e) En los establecimientos en los que se desarrollen dos actividades, separadas en el espacio, de las enumeradas en este artículo, la superficie útil se computará para cada una de ellas de forma independiente excluyéndose del cómputo las zonas comunes y de tránsito, en las que, en*

*ningún caso, se permitirá el consumo de tabaco. En los casos en los que no fuera posible dotar a estas zonas de los requisitos exigidos, se mantendrá la prohibición de fumar en todo el espacio”.*

**-Artículo 6. Zonas habilitadas para fumar.** La redacción de este precepto, siguiendo otros precedentes, como lo es el Decreto de la Comunidad Valenciana dictado en desarrollo de la Ley 28/2005, establece literalmente que,

*“1. Las zonas habilitadas para fumar que establece el artículo 8 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, deberán estar señalizadas y separadas de las zonas en las que no está permitido fumar. La compartimentación entre ambas zonas se realizará **con cualquier medio que garantice que el espacio destinado a no fumadores permanezca libre de humos**”.*

*2. En cualquier caso, las zonas habilitadas para fumar deberán disponer de sistemas de ventilación adecuados que eviten que el humo del tabaco se desplace a las zonas en las que esté prohibido el consumo”.*

La separación de espacios en las zonas habilitadas para el consumo de tabaco, ha de garantizar todos los presupuestos que de forma conjunta, copulativa y no disyuntiva, establece el artículo 8.2 de la Ley 28/2005, que en efecto, además de los límites superficiales, y la debida señalización de las áreas habilitadas, se han de **separar físicamente** del resto de las dependencias del centro o entidad (artículo 8.2 letra b).

Por ello, la redacción dada al precepto del Anteproyecto en el sentido de que la separación *“se realizará con cualquier medio que garantice que el espacio destinado a no fumadores permanezca libre de humos”*, no cumple las exigencias legales impuestas en el artículo 8.2 letra c) de la tan traída a colación Ley estatal.

La necesaria separación física de ambas áreas, zonas habilitadas para fumadores y zonas libres de humo, ha llevado al Gobierno Central a impugnar ante la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa el Decreto valenciano, cuyo tenor ahora sigue el Anteproyecto que informamos, de tal suerte que en la actualidad pende del pronunciamiento que dicte la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. En efecto, la no separación física de espacios reservados para fumadores supone una merma en la protección de la salud de los ciudadanos no fumadores, que no verán garantizado su derecho a no respirar aire contaminado por el humo del tabaco procedente de las áreas habilitadas, dado que no se garantiza reglamentariamente en la norma autonómica, la debida separación física de las mismas.

El hecho de que el párrafo 2º del artículo 6 del Anteproyecto exija la colación de sistemas de ventilación adecuados que eviten que el humo del tabaco se desplace a las zonas o espacios sin humo, no garantiza las exigencias impuestas en el artículo 8.2º de la Ley 28/2005. Pues bien, y pese a que aparecen enfrentados dos bienes jurídicos: la

protección de la salud, de un lado; y, de otro, los intereses de los establecimientos de hostelería y restauración que han de emprender las obras necesarias para habilitar zonas en las que esté permitido el consumo del tabaco, han de prevalecer los primeros, pues así se desprende de la letra y del espíritu de la normativa básica estatal, que ahora se pretende desarrollar para la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Refuerzan esta tesis las recomendaciones que a los Estados ha realizado la Organización Mundial de la Salud para indicar que la propuesta de instalar aparatos extractores de humos en las zonas de fumadores no supone en absoluto una solución efectiva, ya que pueden eliminar los malos olores, pero no evitan los vapores tóxicos y cancerígenos. Por si fuera poco, hemos de recordar la propia tramitación parlamentaria de la vigente Ley 28/2005, pues en el debate sobre la separación física de espacios, se apostó decididamente, por unanimidad, y así lo recoge el tenor del artículo 8.2, fundamentalmente por motivos de salud pública, *“sin ceder así a las pretensiones de determinados sectores que anteponen sus intereses a la protección de la salud”*.

Relajar por vía reglamentaria los requisitos legales relacionados en el artículo 8.2 de la Ley 28/2005, y en particular, permitir la separación de los espacios de fumadores, de los libres de humos, *“con cualquier elemento”*, entra en contravención con lo dispuesto en la norma estatal, vulnerando abiertamente el referido precepto, y el régimen transitorio contenido en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 28/2005, pues, en definitiva, pasados los ocho meses desde la entrada en vigor de la norma, los establecimientos de más de 100 metros cuadrados que decidan habilitar zonas de fumadores, han de tener acometidas las obras necesarias que garanticen la debida separación física, amén de los demás presupuestos legales relacionados en el referido artículo 8 en su párrafo 2º.

**-Artículo 7. Espacios reservados.** La norma reglamentaria crea una tercera categoría “espacios reservados” a los que a tenor de su apartado 2º *“no les será de aplicación los límites previstos en el artículo 8.2 d) de la Ley 28/2005”*. Consideramos que se está creando por vía reglamentaria una categoría no prevista en la normativa básica del Estado, que, como hemos expresado anteriormente, sólo preceptúa, amén de las prohibiciones absolutas del artículo 7, las llamadas “zonas habilitadas” del artículo 8. Por ello, consideramos que por vía indirecta se está vulnerando la normativa estatal, escapando de los controles y requisitos establecidos en el artículo 8 de la Ley 28/2005.

## **Capítulo II. Señalización.**

En éste se contienen una serie de preceptos de carácter técnico relacionados con la forma de señalar los establecimientos autorizados para la venta y suministro de productos del tabaco y de las máquinas expendedoras; así como, las indicaciones referentes a las zonas en que está prohibida fumar y las zonas habilitadas. En parte, se cumplimenta con las formalidades técnicas que se recogen en el Anexo de la norma. Ante

su carácter eminentemente técnico, y dentro del respeto a los principios de publicidad exigidos en la Ley 28/2005, no emitimos ninguna objeción al referido Capítulo.

### **Capítulo III. Ubicación de las señales.**

Por idénticos motivos que los señalados anteriormente, tampoco observamos reparo alguno a los preceptos de dicho capítulo.

### **Capítulo IV. Régimen de infracciones y sanciones.**

La Administración autonómica asume las competencias sobre el control e inspección en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 de la Ley estatal de referencia. El Anteproyecto reglamentario que informamos es fiel a los principios de legalidad y de reserva de ley que sobre materia sancionadora contiene tanto el artículo 25 de la Constitución, como los artículos 127 y 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en idéntico sentido por sus homónimos de la Ley autonómica 4/2005, de 1 de junio.

Sin embargo, este Consejo Consultivo en el análisis jurídico de este Capítulo aprecia una serie de observaciones, que afectan a los preceptos que se examinan a continuación.

**-Artículo 18. Procedimiento sancionador.** Si bien, como todo procedimiento sancionador, se ha de incoar de oficio, y puede venir motivado por una denuncia, el apartado 2 dispone que: *“En el caso de que medie denuncia está deberá ser ratificada ante la autoridad sanitaria en el plazo de quince días desde que la misma se produjo. De no ser así quedará archivada sin más trámite”*.

Este precepto impone por vía reglamentaria una obligación al denunciante, la de ratificar su denuncia, sin que dicha obligación tenga la suficiente cobertura legal. En concreto, y para los procedimientos sancionadores, el artículo 61 de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, no exige al denunciante la obligación de ratificarse en la misma, a lo sumo, y siguiendo el precedente de la Ley 30/1992 y del Reglamento para el desarrollo del ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por el Real Decreto de 4 de agosto de 1993, es el órgano encargado de acordar la iniciación del expediente sancionador el que, tras recibir la denuncia, puede acordar una información previa, con el objeto de disponer la iniciación del procedimiento, o, en su caso, el archivo de las actuaciones.

**-Artículo 19. Sanciones.** Pretende este precepto flexibilizar, para el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja, la graduación de las sanciones, eligiendo por vía reglamentaria su imposición, como regla general, en su grado mínimo, si bien, en el

mismo precepto, la exceptúa, para cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 20.2 de la Ley 28/2005. Entendemos que la graduación de las sanciones ha de responder *ad casum* al principio de proporcionalidad contemplado expresamente en el artículo 131 de la Ley 30/1992, por lo que no puede determinarse por vía reglamentaria una dulcificación del régimen sancionador, optando por la imposición de sanciones en su grado mínimo. Con ello, la redacción actual del precepto implicaría una contravención de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 28/2005 y del artículo 131 de la Ley 30/1992.

### **Capítulo V. Política preventiva.**

Destina este Capítulo un precepto, el artículo 22, a las actuaciones públicas que ha de asumir el Gobierno de La Rioja en aras a la prevención del consumo de tabaco, recogiendo, en definitiva, los imperativos que hacia las Administraciones Públicas competentes impone el Capítulo IV de la Ley 28/2005 en sus artículos 11 a 17, por lo que el precepto en cuestión no es sino el fiel reflejo de las políticas que, para la prevención del tabaquismo, de promoción de la salud y de facilitación de la deshabituación al tabaco, ha diseñado la normativa básica estatal.

## **CONCLUSIONES**

### **Primera**

La Comunidad Autónoma de La Rioja tiene competencia para dictar la norma proyectada al amparo del artículo 9.5 del Estatuto de Autonomía de La Rioja.

### **Segunda**

Se han respetado todos los trámites procedimentales que para la elaboración de reglamentos exigen los artículos 33 a 42 de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

### **Tercera**

Para alcanzar la plena legalidad de la norma reglamentaria proyectada se han de tener en cuenta las advertencias expresadas en el Fundamento Jurídico Sexto del presente Dictamen, pues los preceptos reseñados en la redacción dada, contravienen la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, en su cualidad de normativa básica estatal.

### **Cuarta**

No obstante, deben de tenerse en cuenta las observaciones efectuadas en el Fundamento Jurídico Quinto de éste Dictamen sobre la posible inconstitucionalidad de la referida Ley estatal 28/2005.

Este es el dictamen que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.