

En Logroño, a 8 de octubre de 2008, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana y D. José M^a Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General D. Ignacio Granado Hijelmo, siendo ponente D. Pedro de Pablo Contreras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

121/08

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud, sobre el Proyecto de Decreto por el que se regula la garantía de tiempos máximos de espera y el sistema de información sanitaria en el Sistema Público de Salud de La Rioja.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Por la Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja se ha elaborado un Proyecto de Decreto por el que se regula la garantía de tiempos máximos de espera y el sistema de información sanitaria en el Sistema Público de Salud de La Rioja.

El procedimiento se inició por Resolución del Consejero, de fecha 11 de abril de 2008. El 7 de julio de 2008, por la Secretaria General Técnica de la Consejería se formula la oportuna diligencia de formación del expediente, que adjunta una Memoria justificativa de la necesidad de la norma (firmada por la misma autoridad con fecha 2 de julio de 2008).

Segundo

Por Acuerdo del Consejero de Salud de 8 de julio de 2008, el Proyecto de norma reglamentaria se somete a información pública y, con la misma fecha, se remite a diversos órganos y entidades representativas de los intereses afectados, recibándose alegaciones de la Unión de Consumidores de La Rioja, la Federación de Empresarios de La Rioja, el Colegio de Enfermería, los Sindicato STAR y CSI-CSIF y el Colegio Oficial de Psicólogos de La Rioja, así como del Defensor del Usuario del Sistema Público de Salud de La Rioja y otras personas y órganos administrativos. Estas alegaciones son valoradas en

escrito de la Secretaría General Técnica de fecha 26 de agosto de 2008, dando lugar a un nuevo borrador.

La norma proyectada es informada, con fecha 10 de septiembre de 2008, por el Servicio de Organización, Calidad y Evaluación, lo que da lugar a una nueva Memoria (firmada por la Secretaria General Técnica de la Consejería de Salud el 12 de septiembre de 2008) y a un tercer borrador.

Con fecha 19 de septiembre de 2008, emite su informe la Dirección General de los Servicios Jurídicos, cuyas observaciones dan lugar a un nuevo informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Hacienda de fecha 19 de septiembre de 2008 y a un nuevo borrador de la norma proyectada, al que tiene que entenderse referido el dictamen de este Consejo Consultivo.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 25 de septiembre de 2008, registrado de entrada en este Consejo el 26 de septiembre de 2008, 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 26 de septiembre de 2008, registrado de salida el 29 de septiembre de 2008, 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 al Consejero señalado 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.

Habida cuenta la naturaleza de la norma sometida a nuestra consideración, que se dicta en desarrollo de la Ley autonómica 2/2002, de 17 de abril, de Salud, resulta clara la aplicación de los citados preceptos de nuestra Ley y Reglamento reguladores y, por tanto, la procedencia del presente dictamen.

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.

Es, por ello, necesario 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, que son los siguientes:

A) Resolución de inicio del expediente.

Según el artículo 33.1 de la Ley 4/2005, *“el procedimiento para la elaboración de los reglamentos se iniciará mediante resolución del órgano administrativo competente por razón de la materia”*.

En el presente caso, la Resolución de inicio del expediente fue dictada por el titular de la Consejería con fecha 11 de abril de 2008.

Ello se ajusta a la doctrina sostenida, para una anterior situación normativa, por este Consejo Consultivo, pero resulta preciso recordar que, desde la aprobación en este caso del Decreto 84/2007, de 20 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y sus funciones, en desarrollo de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el órgano competente para dictar la resolución de inicio de la tramitación de las disposiciones de carácter general es el Director General que en cada caso corresponda por razón de la materia a regular, por establecerlo así expresamente el artículo 6.1.4.i) de dicho Decreto; mientras que es función del Secretario General Técnico la de, a continuación, *“tramitar, informar y en su caso elaborar los proyectos de disposiciones generales correspondientes a su Consejería”* [art. 6.1.2.1.g) del citado Decreto]. Ciertamente, el titular de la Consejería siempre podría avocar para sí, como superior jerárquico, el ejercicio de la competencia atribuida reglamentariamente al Director General, pero debería cumplir en tal caso con la necesidad de acuerdo expreso que previene el artículo 14 LRJPAC. Todas estas consideraciones deben tenerse en cuenta en lo sucesivo en la tramitación de los expedientes de disposiciones de carácter general.

Desde el punto de vista de su contenido, la indicada resolución resulta suficiente. Conforme al artículo 33.2 de la Ley 4/2005, *“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”*. Todos estos aspectos se enuncian, aunque sea sucintamente, en la Resolución.

B) Elaboración del borrador inicial.

A tenor del artículo 34 de la Ley 4/2005:

“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”.

En este caso, se redactó, en efecto, un primer borrador y, asimismo, una Memoria que cumplen en lo sustancial con los requerimientos de este precepto. En particular, es de

destacar que se incluye en la misma un estudio económico, indicando las partidas presupuestarias y la dotación existente para afrontar los eventuales gastos que podría provocar la puesta en vigor de la norma proyectada.

C) Anteproyecto de reglamento.

El artículo 35 de la Ley 4/2005 dispone lo siguiente:

“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”.

La declaración de la Secretaría General Técnica a que se refiere este artículo se contiene en la Resolución de la misma de fecha 7 de julio de 2008, a la vista de la cual, lo dispuesto en el citado precepto debe entenderse correctamente cumplido.

D) Trámite de audiencia.

La Ley 4/2005 regula expresamente este trámite (diferenciándolo del de información pública, del que se ocupa su artículo 37), que no era contemplado en la Ley 3/1995, de 8 de marzo, a la que aquella viene a sustituir, pero en cuya obligatoriedad —fundada en la Constitución y en la legislación estatal de carácter tanto básico como supletorio, para los casos previstos en ella— había insistido este Consejo en numerosos dictámenes. A este respecto, el artículo 36 de la Ley autonómica vigente dispone lo siguiente:

“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 el presente caso, el trámite de audiencia corporativa se ha cumplido correctamente, habiéndose previsto y efectuado el mismo a pesar de haberse sometido igualmente el proyecto de norma reglamentaria a información pública.

E) Informes y dictámenes preceptivos.

Según 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”.

El art. 4 del Decreto 125/2007, de 26 de octubre, por el que se regula el ejercicio de las funciones en materia de organización administrativa, calidad y evaluación de los servicios en la Administración General de la CAR y sus Organismos Autónomos exige el informe previo y habilitante del Servicio de Organización, Calidad y Evaluación (SOCE) sobre las disposiciones administrativas de carácter general que conlleven la creación, modificación o supresión de un procedimiento. En este caso, el trámite se ha cumplido adecuadamente y en los plazos previstos.

También se ha emitido el preceptivo informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos y el de la Secretaría General Técnica de la Consejería.

F) Integración del expediente y Memoria final del Anteproyecto.

Finalmente, según el artículo 40 de la Ley 4/2005:

“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”.

La Memoria a que se refiere el artículo 40.1 de la Ley 4/2005 es la suscrita por la Secretaria General Técnica de la Consejería con fecha 19 de septiembre de 2008, cuyo contenido responde a las exigencias impuestas por dicho precepto.

Tercero

Competencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja para regular la materia proyectada y respeto al principio de jerarquía normativa.

Como hemos señalado en reiteradas ocasiones, la competencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja constituye el primer y esencial presupuesto para la validez de cualquier clase de disposición proyectada, ora sea de rango legal, ora lo sea reglamentaria. En este caso la competencia autonómica resulta de lo dispuesto en el artículo 9.5 del Estatuto de Autonomía de La Rioja, según el cual corresponde a la Comunidad Autónoma, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de sanidad e higiene. No hay duda, por tanto, de la existencia de título competencial suficiente para la regulación de la materia que es objeto de la norma reglamentaria proyectada, debiendo por nuestra parte observar únicamente que –como hemos tenido ocasión de señalar reiteradamente- resulta conveniente hacer referencia a ese fundamento competencial en el Preámbulo de la misma.

Un problema distinto es el de si existe cobertura legal suficiente para su aprobación mediante Decreto adoptado por el Consejo de Gobierno de La Rioja, cuestión que ha de resolverse igualmente de forma positiva, ya que dicha cobertura resulta inequívocamente del tenor del artículo 12.5 de la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud, a cuyo tenor “*el ciudadano tiene derecho a ser atendido dentro de un tiempo adecuado en función de su condición patológica y conforme a criterios de equidad*”, habilitando la Disposición Final primera de dicha Ley al Gobierno de La Rioja para dictar cuantas normas reglamentarias sean necesarias para el desarrollo y ejecución de la misma. El Decreto proyectado

desarrolla, sin duda, el citado artículo 12.5, convirtiendo en un verdadero derecho subjetivo de perfiles definidos la previsión legal, lo cual entra dentro de las funciones que corresponden a la potestad reglamentaria cuyo ejercicio la Ley 2/2002 atribuye expresamente al Gobierno de La Rioja.

Cuarto

Observaciones concretas al texto del Reglamento proyectado.

Teniendo en cuenta la exclusión de las cuestiones de oportunidad y mera técnica legislativa como contenido posible de nuestros dictámenes que efectúa nuestra Ley reguladora (artículo 2.1 de la Ley 3/2001, del Consejo Consultivo de La Rioja), así como las rectificaciones realizadas en el texto de la norma proyectada en el curso de su tramitación (muy en particular, las derivadas del atinado informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos), que han servido para depurar los aspectos del mismo que eran susceptibles de mejora, este Consejo Consultivo es de dictamen favorable.

Únicamente nos parece que ofrece alguna duda de legalidad el tenor del apartado a) del artículo 9 de la norma proyectada. Como hemos ya indicado, el Proyecto de Decreto convierte en un verdadero derecho subjetivo de los pacientes el de ser atendido o intervenido dentro de los plazos máximos que establece, y lo que permite afirmar que se trata de un verdadero derecho subjetivo es justamente la previsión, contenida en el artículo 8.3, de que, en el caso de superarse los plazos máximos de espera y cumplidos los requisitos procedimentales establecidos, el paciente tiene derecho a que se le atienda en otro Centro sanitario, corriendo con los gastos el Sistema Público de Salud de La Rioja. Siendo ello así, no alcanzamos a ver la razón por la cual se le priva al paciente de ese derecho de forma general e incondicionada cuando la intervención quirúrgica se realice por Facultativos pertenecientes al Sistema Público de Salud de La Rioja fuera de los Centros sanitarios integrados en éste, debiendo, a nuestro juicio, excluirse de esta excepción los casos en que la concurrencia del supuesto de hecho no dependa de la conducta o elección de propio paciente ni haya otra alternativa, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse para el Facultativo que realice la intervención (así, la pérdida de la compatibilidad para el ejercicio privado o el establecimiento de sanciones disciplinarias para él). En definitiva, si, en caso de superación de los plazos máximos de espera establecidos, es el propio Servicio Riojano de Salud el que ofrece a los pacientes los Centros sanitarios a los que pueden subsidiariamente acudir (cfr. art. 8.3, párrafo tercero), no tiene sentido privarle del derecho al reintegro de gastos si el paciente acude a uno de esos Centros y, no habiendo otra opción ni dependiendo ello de su voluntad o elección, en él le atiende un Facultativo que también presta servicios en el Sistema Público de Salud.

De todos modos, preciso es reconocer que la anterior observación sólo obstaría a la aprobación de la norma reglamentaria proyectada si el precepto legal al que desarrolla estableciera un verdadero derecho subjetivo del paciente a no superar determinados tiempos de espera en la atención sanitaria. No creemos, sin embargo, que el artículo 12.5

de la Ley 2/2002, de 17 de abril, establezca realmente un derecho subjetivo propiamente dicho, sino que se trata de una norma meramente programática o de declaración de intenciones. El derecho subjetivo en cuestión adquirirá los caracteres de tal precisamente en virtud de la norma reglamentaria proyectada, una vez que la misma entre en vigor, por lo que no puede negarse la legalidad de cualquier exclusión o excepción que esta última pueda establecer, por más que, como creemos ocurre en este caso, su previsión sea contradictoria con la formulación misma de dicho derecho subjetivo.

CONCLUSIONES

Primera

La Comunidad Autónoma de La Rioja tiene competencia para dictar la norma proyectada.

Segunda

En cuanto a su contenido, el Proyecto de Decreto es conforme con el ordenamiento jurídico, aunque aconsejamos se valore la observación contenida en el último de los Fundamentos de este dictamen si realmente se pretende conformar un verdadero y completo derecho subjetivo de los pacientes a la atención sanitaria dentro de los plazos que el propio Proyecto establece.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero