

En Logroño, a 23 de octubre 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 María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General D. Ignacio Granado Hijelmo, siendo ponente D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

131/08

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sra Consejera de Administraciones Públicas y Política Local, sobre Proyecto de Decreto por el que se declara de interés público el desarrollo de un segundo puesto de trabajo de carácter asistencial en los centros y establecimientos sanitarios dependientes del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

El Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja remite para dictamen el citado Proyecto de Decreto, que se acompaña de la siguiente documentación:

- Escrito del Secretario General Técnico de la Consejería de Salud, al que se adjunta: i) Borrador nº1 del Proyecto de Decreto; ii) Memoria justificativa elaborada por la Dirección General de Recursos Humanos; iii) Copia del acta nº 12 de la Mesa Sectorial del Servicio Riojano de Salud, de 14 de abril de 2008, firmada, en representación de la Administración por el Director General de Recursos Humanos y por los representantes sindicales de las organizaciones sindicales C.E.M.S.A.T.S.E; C.S.I.-C.S.I.F; S.T.A.R.; CC.OO; U.G.T. y U.S.A.E; y iv) Informe de alegaciones en la Mesa Sectorial del Servicio Riojano de Salud, de 18 de abril de 2008.

- Borrador nº 2 del Decreto.

- Resolución de inicio de procedimiento para la elaboración del citado Decreto, de fecha de 5 de agosto de 2008, firmada por el Director General de la Función Pública y Diligencia de formación de expediente de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Administraciones Públicas y Política Local.

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de fecha 5 de septiembre de 2008, que origina un nuevo texto de la disposición al ser admitidas las consideraciones incluidas en su informe.

Informe de la Secretaría General Técnica, Área de Planificación, Evaluación y Ordenación Administrativa, de fecha 6 de octubre de 2008, que examina las observaciones efectuadas por la Dirección General de los Servicios Jurídicos, considera el proyecto “adecuado al ordenamiento jurídico”, lo informa “favorablemente” y “propone someterlo al del Consejo Consultivo de La Rioja.

Borrador nº 3 del Decreto.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 6 de octubre de 2008, registrado de entrada en este Consejo el día 9 de octubre de 2008, el Excmo. Sr. Consejero de Administraciones Públicas y Política Local 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 9 de octubre de 2008, registrado de salida el día 10 de octubre 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 y su ámbito.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, reguladora del Consejo Consultivo, este órgano deberá ser consultado en los siguientes asuntos: “*c) Proyectos de reglamentos o de disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes estatales o autonómicas*”.

El proyecto de Decreto sometido a nuestra consideración se dicta en desarrollo del artículo 3.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, relativo al desempeño en ciertos supuestos, de un segundo puesto o actividad en el sector público.

En efecto, como señala el informe de los Servicios Jurídicos, la regulación de las Incompatibilidades está contenida en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, desarrollada por el Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Organismos y Empresas dependientes. Esa regulación sobre incompatibilidades se aplica a todo el personal cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo.

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, se limita a mantener la regulación contenida en la Ley 53/1984 (la Exposición de Motivos dice que *"este Estatuto mantiene en vigor el sistema de incompatibilidades actual"*), modificando únicamente sus artículos 2 y 16. A lo largo del articulado únicamente se encuentra una referencia a las incompatibilidades en la letra b) del artículo 24, que prevé como factor a que puede atender la cuantía y estructura de las retribuciones complementarias el de la *"incompatibilidad exigible en el desempeño de determinados puestos de trabajo"*; así como en el artículo 95.2.n) que califica como falta muy grave *"el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad"*.

Por su parte, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, remite también al régimen general que sobre incompatibilidades establece la legislación básica sobre funcionarios públicos (artículo 76) con algunas normas muy específicas como complemento a esa regulación general que, a su vez, deberán ser desarrolladas o completadas por otras normas o con lo dispuesto en Leyes especiales. La Ley 14/1986, de 14 de abril, General de Sanidad, hace una remisión expresa a que el Estatuto Marco contendrá la normativa básica aplicable en materia, entre otras, de incompatibilidades.

En cuanto al personal laboral, la normativa general sobre incompatibilidades se encuentra contenida igualmente en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre. El Tribunal Constitucional, tras señalar en A TC 943/1988, que:

"el Estatuto de los Trabajadores, norma común reguladora de las relaciones laborales, no establece reglas generales sobre el régimen de incompatibilidades ni, por tanto, un criterio igualitario al respecto, que deba ser respetado en cualquier ámbito laboral" y que "en este sentido, el Estado, en tanto que empleador, al igual que cualquier otro, puede establecer condiciones distintas para los trabajadores a su servicio o al de las Empresas que de él dependan, siempre que respete los derechos que los sometidos a régimen laboral detentan en común", declara que "esta normativa general permita establecer o pactar

otras condiciones distintas en las Empresas privadas, no enerva la facultad del Estado para reglar mediante ley las incompatibilidades en el sector público, atendiendo bien a las conveniencias de organización del trabajo, bien a los criterios generales de la política de empleo que el legislador puede seguir en virtud de su libertad de configuración normativa" .

En el mismo sentido, SSTC 178/1989 y 42/1990.

Finalmente, las Leyes de Función Pública autonómicas suelen establecer una remisión al régimen general de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, criterio que también sigue la Ley riojana 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública, en cuyo artículo 55.2 se dispone que *"el régimen de incompatibilidades será el establecido en la normativa básica aplicable"*: (artículo 55.2).

Por tanto, el régimen jurídico sobre incompatibilidades está contenido en la cita Ley básica 53/1984, cuyo ámbito de aplicación es quizá el más amplio de la legislación general sobre el empleo público.

En ejercicio de sus competencias estatutarias, y a través del Decreto proyectado, la Comunidad Autónoma trata de desarrollar el artículo 3.1 de la Ley 53/1984, más en concreto uno de los supuestos que autoriza de desempeño de un segundo puesto o actividad en el sector público. El artículo 3.1 establece que *"el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley sólo podrá desempeñar un segundo puesto de trabajo o actividad en el sector público en los supuestos previstos en la misma para las funciones docente y sanitaria, en los casos a que se refieren los artículos 5 y 6, y en los que, por razón de interés público, se determinen por el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto u órgano de Gobierno de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias..."* y es este segundo caso referido a la compatibilidad de aquellas actividades que, por razón de interés público, se determinen por el órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma, el que trata de regular el Decreto proyectado.

A la vista de lo dispuesto en el propio artículo 3.1, no cabe duda de que esta disposición debe ser desarrollada por nuestra Comunidad Autónoma mediante una norma con rango reglamentario, con lo que el Anteproyecto de Decreto objeto de dictamen goza de la suficiente cobertura legal amparada en dicha previsión que, bajo la técnica de la remisión normativa, da entrada al ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Ejecutivo autonómico.

En cuanto al ámbito de nuestro dictamen, señala el art. 2.1 de nuestra Ley reguladora que, en el ejercicio de nuestra función, debemos velar por *"la observancia de la Constitución, el Estatuto de Autonomía de la Rioja y el resto del ordenamiento jurídico, en cuyo conjunto normativo fundamentará el Consejo su dictamen"*.

Como se ha señalado en otros dictámenes, debemos examinar la adecuación del Proyecto de Decreto al bloque de constitucionalidad, sin entrar en cuestiones de oportunidad que no nos han sido solicitadas.

Segundo

Cumplimiento de los trámites 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 relación con el procedimiento para la elaboración de 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, en caso de recurso, como causa de invalidez de las normas reglamentarias aprobadas.

En el presente caso, procede examinar 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 disposición se inició tras la entrada en vigor de la misma.

Procede, por ello, examinar, el grado de cumplimiento, en el presente caso, de dichos trámites o requisitos.

A) Resolución de inicio del expediente.

En el expediente que nos ha sido remitido, consta dicho acuerdo dictado por el Director General de la Función Pública que razona jurídicamente sobre el objetivo y la justificación de la norma proyectada. Consta, además, la diligencia de formación del expediente en que se designa a la Secretaria General Técnica como responsable de la continuación de la tramitación del Proyecto de Decreto Dictaminado, cumpliéndose de esa forma con la doctrina de este Consejo Consultivo acerca del Órgano competente para dictar el acuerdo de inicio del expediente.

B) Elaboración del borrador inicial.

Consta en el expediente un borrador inicial, así como una Memoria relativa a la necesidad de la norma, el contenido material de la propuesta, su ámbito objetivo y subjetivo, el régimen jurídico de la contratación, la incidencia del Proyecto en el marco normativo vigente, la relación de normas afectadas, el proyecto de gestión sanitaria compartida que contempla, la valoración del impacto en el marco normativo en que se inserta el texto de la

disposición que se informa, la repercusión económica que puede suponer la entrada en vigor de la misma, la experiencia comparada de otras Comunidades autónomas, así como ciertas indicaciones acerca de los trámites a seguir en el procedimiento de elaboración de la disposición. y la competencia para efectuar la propuesta

Aunque, en lo relativo al impacto económico de la medida, es difícil realizar prospectivas con visos de verosimilitud, dado que el desempeño de un segundo puesto de trabajo es voluntario y la materialización de las excepciones previstas en el futuro depende de la voluntad de los profesionales sanitarios, debería tenerse en cuenta el posible incremento de las correspondientes partidas presupuestarias tras la entrada en vigor de la norma ahora proyectada en la elaboración de los Presupuestos.

C) Anteproyecto del reglamento.

En el expediente que nos ha sido remitido, consta Acuerdo del Secretario General Técnico de la Consejería, por el que se declara formado expediente de proyecto de Decreto.

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 aquélla 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 previsto en ella- había insistido este Consejo en numerosos dictámenes.

En el presente caso, nada consta sobre la publicación en el BOR de la apertura del periodo de información pública aunque se incluye en el expediente la copia del Acta nº 12 de la reunión de la Mesa Sectorial del Servicio Riojano de Salud, de 14 de abril de 2008, cuyo punto quinto tiene por objeto el Informe sobre la norma proyectada y está firmada, en representación de la Administración por el Director General de Recursos Humanos, y por los representantes de las organizaciones sindicales C.E.M.S.A.T.S.E; C.S.I.-C.S.I.F; S.T.A.R.; CC.OO; U.G.T. y U.S.A.E., todos los cuales han tenido la oportunidad de ser escucharlos e incluso efectuar alegaciones posteriores, según consta en el Informe de alegaciones en la Mesa Sectorial del Servicio Riojano de Salud, de 18 de abril de 2008.

E) Informes y dictámenes preceptivos.

El art. 4 del Decreto 125/07, 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, que consta en el expediente. Consta también el de la Dirección General de los Servicios Jurídicos y el de la Secretaria General Técnica de la Consejería.

F) Integración del expediente y Memoria final del Anteproyecto.

Este trámite que viene regulado en el artículo 40 de la Ley 4/2005, se ha cumplido adecuadamente y son tres los borradores que sobre la norma proyectada se incorporan al expediente.

Tercero

Competencia de la Comunidad Autónoma para dictar la norma proyectada.

La atribución a la Comunidad Autónoma de la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de régimen jurídico de su personal resulta con claridad de los artículos 8.uno y 31.5 del Estatuto de Autonomía de La Rioja.

En efecto, como se deduce de lo señalado por el Consejo Consultivo de La Rioja en su Dictamen 44/05, de 23 de mayo, y recuerda el Informe emitido por los Servicios Jurídicos, la competencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja para dictar el Decreto proyectado es la que resulta de lo dispuesto en el artículo 31.5 del Estatuto de Autonomía de La Rioja, conforme al cual *"en el ejercicio de la competencia prevista en el número 1 del apartado uno del artículo octavo del presente Estatuto y, de acuerdo con la legislación del Estatuto, corresponde a la Comunidad Autónoma, entre otras materias, el establecimiento del régimen estatutario de sus funcionarios, el régimen jurídico administrativo derivado de las competencias asumidas, la regulación de los bienes de dominio público y patrimoniales cuya titularidad corresponde a la Comunidad Autónoma, así como de las servidumbres públicas en materia de su competencia y la regulación de los contratos y concesiones administrativas en el ámbito de la Comunidad"*.

Se trata, en consecuencia - aunque la contenida en el artículo 8.1.1 del Estatuto se califique como exclusiva -, de acuerdo con las normas constitucionales, de una competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado.

Se pretende en este caso dar desarrollo al artículo 3.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, relativo al desempeño, en ciertos supuestos, de un segundo puesto o actividad en el sector público.

El Tribunal Constitucional declaró en STC 178/1989, de 2 de noviembre, que la referencia que, de modo expreso, se contiene en el artículo 103.3 de la Constitución al "*sistema de incompatibilidades*" es aplicable exclusivamente a los funcionarios en sentido estricto. Pero de ahí no cabe deducir que el legislador no pueda establecer un régimen común de incompatibilidades para todos los empleados públicos, con independencia de la naturaleza jurídica de la relación que éstos tengan con el ente al que sirvan en cada caso. Bien entendido que, en el supuesto de los empleados públicos sometidos al régimen laboral o al "*estatutario*" de la Seguridad Social, la fundamentación constitucional del régimen legal de incompatibilidades aplicable a los mismos - al margen de que coincida o no con el de los funcionarios públicos en sentido estricto - no está en el artículo 103.3 de la Carta fundamental, sino en el artículo 103.1 del mismo texto que, al referirse a los principios que deben presidir la actividad - y la organización establecida para llevarla a cabo -, entre los que se halla el de eficacia, alude sólo a la Administración Pública y no al régimen jurídico que rige las relaciones de quienes están a su servicio.

Según el Tribunal Constitucional, no cabe duda de que la configuración de un régimen de incompatibilidades de los empleados públicos, aplicable con criterios de generalidad a todo el sector público y con el detalle necesario que garantice una igualdad de tratamiento de los mismos, a esos efectos, en todo el territorio nacional, con independencia de la Administración o ente público al que sirvan, forma parte del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, al que se refiere, para reservar al Estado la regulación de las bases del mismo, el artículo 149.1.183 de la Constitución. Es, en efecto, la organización de las Administraciones Públicas, la que, desde una perspectiva global o de conjunto, está implicada en el establecimiento de un sistema de incompatibilidades, que si está presidido, entre otros principios, por el de eficacia, consagrado en el artículo 103.1 de la Constitución, no tiene por qué limitarse exclusivamente a una parte del personal que sirve a aquéllas (la representada por los funcionarios en sentido estricto a que se refiere el artículo 103.3 de la Constitución). Así, dice el Tribunal, aunque el sistema de incompatibilidades aplicable a los funcionarios públicos pudiera incluirse en el régimen estatutario de los mismos y, en consecuencia, el título competencial del Estado en este caso sería el relativo a las bases del mencionado régimen estatutario (como así hace explícitamente la Disposición Final Primera de la Ley 53/1984), dada la amplitud con que la Ley ha diseñado dicho sistema, que contempla, además, tanto el sistema de incompatibilidades de los empleados públicos no sometidos a una relación funcional como, en términos más generales y comprensivos, el sistema de incompatibilidades del personal, cualquiera que sea el régimen jurídico al que esté sujeto, que se halle al servicio del sector público, debe encuadrarse dentro del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, siendo, por tanto, competencia del Estado, en todo caso, el establecimiento de las bases relativas al mismo.

Igualmente, el Tribunal Constitucional ratifica el carácter básico de la Ley 53/1984 al afirmar que la normativa a que se refiere la Disposición Final Primera de la Ley 53/1984 puede

ser calificada, desde un punto de vista material, como básica. Aclarado el punto relativo al título competencial en virtud del cual el legislador estatal puede calificar como básicas las normas reguladoras del sistema de incompatibilidades de los empleados públicos, entiende el Tribunal que, si se examinan con atención cada uno de los preceptos de la Ley 53/1984, que configuran el aludido sistema de incompatibilidades, se comprobará fácilmente que son realmente "aspectos básicos" del referido régimen jurídico de las Administraciones Públicas los que se contienen en dichas normas, que corresponden a un principio estructural organizativo del personal a su servicio que se proyecta sobre el sector público en su conjunto.

Estamos, por tanto, ante una Ley estatal básica dictada por el Estado al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución, cuyo desarrollo por la Comunidad Autónoma de La Rioja encuentra cobertura en los citados artículos 8.11 y 31.5 del Estatuto de Autonomía de La Rioja.

Cuarto

Observaciones jurídicas sobre el contenido normativo del Proyecto reglamentario.

La disposición sometida a nuestra consideración, consta de 3 artículos, una Disposición Adicional y dos Disposiciones Finales.

En ella se declara de interés público el desarrollo de un segundo puesto de trabajo de carácter asistencial en los centros y establecimientos sanitarios dependientes del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja, determinando los colectivos profesionales a los que afecta dicha declaración y sometiendo el ejercicio de una segunda actividad a la previa y expresa declaración de compatibilidad.

En su regulación, la disposición proyectada sigue las mismas directrices que en otras Comunidades Autónomas en las que se ha producido tal declaración con anterioridad.

En el **artículo 2**, se define el régimen jurídico al que se someterá esta segunda actividad pública, que se prestará en las condiciones establecidas por la legislación laboral y se prestará a tiempo parcial y con duración determinada. En su **apartado 2**, se establece la ausencia de limitación a las remuneraciones totales que pudieran percibirse como consecuencia de las autorizaciones que se otorguen en virtud de este Decreto, con una redacción que se mantiene inalterada desde el primer borrador, y sobre la que nada objetan ni la Administración ni las organizaciones sindicales –únicamente UGT, que “va de acuerdo con la norma”, reivindica

que “esta medida no implique de ninguna manera un cambio en el sistema retributivo”-, según consta en el Acta de la mesa sectorial del Servicio Riojano de Salud, ni en el Informe de alegaciones en dicha Mesa Sectorial. Asimismo, es objeto de análisis, tanto por el Informe de los Servicios jurídicos, como por el Informe final elaborado por la Secretaría General Técnica que amparan su legalidad en el artículo 7.1 *in fine* de la Ley 53/84, de 26 de diciembre, y razonan sobre la interpretación que deba darse al precepto, sobre el que nada más tiene que añadir este Consejo Consultivo.

En el **artículo 3** se regula el procedimiento de autorización de compatibilidad previa, con remisión al artículo 9 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, y legislación concordante.

La **Disposición Adicional** prevé la existencia de un modelo normalizado de solicitud y las **Disposiciones Finales** autorizan el desarrollo reglamentario del Decreto dictaminado y prevén su entrada en vigor al día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de La Rioja.

En definitiva, habida cuenta del rigor y exhaustividad jurídicos con que ha sido analizado el Proyecto dictaminado por los Servicios Jurídicos y que todas sus observaciones han sido incorporadas al Texto del tercer borrador, este Consejo Consultivo no considera necesario añadir observación alguna sobre su articulado.

CONCLUSIONES

Primera

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

Segunda

El Proyecto de disposición es conforme a Derecho, sin perjuicio de las indicaciones contenidas en el cuerpo del presente dictamen.

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