

En Logroño, a 15 de septiembre de 2016, 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. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. José Luis Jiménez Losantos y D. Pedro María Prusén de Blas, así como del Letrado-Secretario General D. Ignacio Granado Hijelmo, siendo ponente D. Pedro María Prusén de Blas, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**32/16**

Correspondiente a la consulta formulada por la Excm. Sra. Consejera de Salud, sobre el *Anteproyecto de Decreto por el que se establece la libre elección de profesional sanitario y de Centro en los ámbitos de Atención Primaria y Atención Especializada en el Sistema Público de Salud de La Rioja.*

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

La Consejera de Salud del Gobierno de La Rioja remite para dictamen el citado Anteproyecto de Decreto junto con el expediente administrativo correspondiente al mismo, que consta de la siguiente documentación:

- Resolución de inicio, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud, de 18 de enero de 2016.
- Memoria justificativa de la disposición general.
- Primer borrador de Anteproyecto de Decreto.
- Resolución, de 18 de enero de 2016, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud, de formación del expediente.
- Resolución, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud, por la que se abre el período de información pública, de 19 de enero de 2016, y su publicación en el Boletín Oficial de La Rioja de 22 de enero de 2016.

- Peticiones de informe a los órganos, entidades, asociaciones y sindicatos que pueden verse afectados por el futuro Decreto.
- Escritos de alegaciones presentados y contestación a los mismos.
- Sucesivos borradores del Anteproyecto, confeccionados a partir de las alegaciones formuladas.
- Petición de informe e informe del Servicio de Organización, Calidad y Evaluación (S.O.C.E.) de la Consejería de Administración Pública y Hacienda del Gobierno de La Rioja.
- Borrador, de 2 de agosto de 2016, acogiendo las observaciones del S.O.C.E.
- Informe de tramitación, del Servicio de Asesoramiento y Elaboración Normativa de la Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja, de 8 de agosto de 2016.
- Informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos, de 11 de agosto de 2016.
- Memoria del procedimiento y texto final, acogiendo -en parte- las alegaciones de los Servicios Jurídicos, para su dictamen por el Consejo Consultivo de La Rioja, de 22 de agosto de 2016.

## **Antecedentes de la consulta**

### **Primero**

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente en fecha 23 de agosto de 2016, y registrado de entrada en este Consejo el día 1 de septiembre de 2016, la Excm. Sra. Consejera de Salud del Gobierno de La Rioja, remite al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

### **Segundo**

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 2 de septiembre de 2016, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

### **Tercero**

Previa asignación 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”*. De igual modo lo expresa el artículo 12.c) de su Reglamento, aprobado por el Decreto 8/2002, de 24 de enero.

En el presente caso, nos encontramos ante un Anteproyecto de Decreto que se dicta en desarrollo de la Ley autonómica 2/2002, de 17 de abril, de Salud, cuyo artículo 12, apartado 2, establece que *“el ciudadano tiene el derecho a escoger profesional, Servicio y Centro sanitario en los términos y condiciones que se establezcan y en función de las disponibilidades del Sistema Público de Salud de La Rioja”*, derecho que, posteriormente, es reconocido por el artículo 28.1, segundo párrafo, de la Ley estatal 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, al disponer que *“las instituciones asistenciales velarán por la adecuación de su organización para facilitar la libre elección de Facultativo y una segunda opinión en los términos que reglamentariamente se establezcan”*. No cabe duda, entonces, del carácter preceptivo de del presente dictamen.

En cuanto al ámbito del dictamen, señala el art. 2.1 de nuestra Ley reguladora que, en el ejercicio de la función consultiva, 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**

#### **Competencia de la Comunidad Autónoma para dictar la norma proyectada y cobertura legal de la misma**

El artículo 149.1.16ª de la Constitución otorga al Estado la competencia exclusiva en materia de sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos. El título competencial de la Comunidad Autónoma de La Rioja

viene dado por lo dispuesto en el art. 9.5 de su vigente Estatuto de Autonomía (EAR'99), que atribuye a esta Comunidad el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de sanidad e higiene, en el marco de la legislación básica del Estado.

Asimismo, tal y como ha quedado señalado en el ordinal anterior, el artículo 12.2 de la Ley riojana 2/2002, de 17 de abril, de Salud, preceptúa que los ciudadanos tienen el derecho a escoger profesional, Servicio y Centro sanitario en los términos y condiciones que se establezcan y en función de las disponibilidades del Sistema Público de Salud de La Rioja, añadiendo su Disposición Final Primera que el Gobierno de La Rioja está facultado para dictar cuantas normas sean necesarias en desarrollo y ejecución del previsto en la propia Ley.

Títulos competenciales semejantes son los que sustentan las normas reglamentarias que, sobre esta misma materia, han sido dictadas por otras Comunidades Autónomas, como, por ejemplo, Andalucía (Decreto 128/1997, de 6 de mayo), Galicia (Decreto 55/2015, de 26 de marzo), Comunidad de Madrid (Decreto 51/2010, de 29 de julio), o Comunidad Valenciana (Decreto 74/2015, de 15 de mayo).

En base a lo expuesto, no queda duda alguna acerca de la competencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja para dictar la disposición dictaminada, así como su necesaria cobertura legal.

### **Tercero**

#### **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, es 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.

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

## **1. 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 en fecha 18 de enero de 2016 por la titular de la Consejería de Salud.

Desde el punto de vista del contenido, el artículo 33.2 de la Ley 4/2005, dispone que “*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*”.

La Resolución que nos ocupa cumple, a nuestro juicio, el requisito legal, ya que, consignando el marco normativo estatal y autonómico en los que se asienta el Anteproyecto de Decreto, deja bien sentado que el objeto de la norma proyectada es el de establecer la libre elección de profesional sanitario y de Centro en los ámbitos de Atención Primaria y Especializada en el Sistema Público de Salud de La Rioja.

En cuanto a la competencia administrativa ejercida, la Resolución de inicio invoca el art. 7.1.1.d) y e) del Decreto 24/2015, de 21 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, que atribuye al titular de la Consejería las función de “*presentar al Consejo de Gobierno, y, en su caso, a las Comisiones Delegadas del Gobierno, los Anteproyectos de Ley o Proyectos de Decreto, así como las propuestas de acuerdos que afecten a su Consejería*” (letra d); y la de “*ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su Consejería, en los términos previstos en la legislación vigente*” (letra e).

Sin embargo, es de señalar que estos preceptos no amparan propiamente la competencia para dictar la Resolución de inicio que nos ocupa, puesto que el art. 7.1.4, j) del precitado Decreto 24/2015 atribuye a las Direcciones Generales la competencia para dictar la Resolución de inicio del procedimiento de elaboración de disposiciones generales; y que el art. 7.2.3, b) del mismo Decreto atribuye a la Dirección General de Salud Pública y Consumo las competencias sanitarias no atribuidas a otros órganos; por lo que, en rigor, es al titular de esta última Dirección General a quien correspondería la competencia administrativa para haber dictado la Resolución de inicio en este caso.

No obstante este defecto carece, a nuestro juicio, de eficacia invalidante, puesto que, en definitiva, corresponde al titular de la Consejería, que es el superior jerárquico de los

Directores Generales de la misma, presentar al Gobierno el Anteproyecto (cfr. art. 7.1.1, d) del mismo Decreto 24/2015), sanando así el defecto de una atípica avocación previa.

Por otro lado, la propia Resolución designa, a la Secretaría General Técnica, como responsable de dirigir la tramitación del procedimiento; y, al Servicio de Asesoramiento y Normativa, como responsable de la elaboración del borrador inicial, en los términos establecidos en el artículo 34 de la Ley 4/2005, de 1 de junio.

## **2. Elaboración del borrador inicial.**

A tenor de lo establecido en el 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 el expediente consta la Memoria justificativa, emitida por la Consejería de Salud, junto con numerosos borradores del texto de la disposición proyectada.

## **3. 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”.*

En el expediente, consta la Resolución de formación de expediente de Anteproyecto, de fecha 18 de enero de 2016.

#### **4. 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 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, se ha requerido, para que puedan alegar cuanto estimen conveniente en relación con el Anteproyecto, al Colegio Oficial de Médicos, al Colegio Oficial de Enfermería, a las Asociaciones de consumidores con ámbito territorial en La Rioja, a las Organizaciones sindicales y Asociaciones de profesionales del Sector público sanitario, a las Asociaciones de pacientes con ámbito territorial en La Rioja, a la Federación de Municipios de La Rioja y a la Federación de Empresarios de La Rioja.

Asimismo, el Anteproyecto de norma reglamentaria se ha sometido a información pública. Se ha dado audiencia, igualmente, al Consejo Riojano de Salud.

## **5. 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”.*

Con fecha 11 de julio de 2016, se somete la norma proyectada a informe del Servicio de Organización, Calidad y Evaluación (S.O.C.E), siendo emitido, el día 19 de julio de 2016, con las observaciones que en el mismo constan, lo cual ha dado lugar a la elaboración de un nuevo borrador.

En el expediente obra el informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de fecha 8 de agosto de 2016.

## **6. 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. Le 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 precederé en todo caso a la formalización del proyecto de reglamento”.*

En el expediente sometido a nuestra consideración, consta una última Memoria de la Secretaria General Técnica de la Consejería, de fecha 11 de agosto de 2016, en la que se viene a dar cumplimiento al citado trámite.

#### **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 el 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 de los informes del S.O.C.E. y 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 dictamina favorablemente el Anteproyecto sometido a su consideración.

El texto que configura el Anteproyecto que ahora resulta dictaminado, corresponde a la novena versión de las que se han venido confeccionando por los órganos administrativos encargados de su tramitación. Tal y como señala el informe del Servicio de Asesoramiento y Normativa de la Consejería de Salud, siguiendo el trámite legal marcado para la elaboración de reglamentos, el Anteproyecto de Decreto ha sido sometido al trámite de audiencia y alegaciones, a informe de diversas unidades internas de la Administración y a información pública, habiéndose presentado gran número de aportaciones, que han dado lugar a los sucesivos borradores del reglamento.

El Anteproyecto de Decreto consta de una Parte expositiva, veintidós artículos (estructurados en tres Capítulos), tres Disposiciones Adicionales, y tres Disposiciones Finales. El Capítulo I (artículos 1 a 5) contiene los preceptos generales relativos al objeto de la norma, definiciones, garantías, ejercicio del derecho y límites; el Capítulo II (artículos 6 a 15) regula la libre elección de Médico de Familia, Pediatra y profesional de Enfermería para la prestación de la asistencia sanitaria en Atención Primaria; y el Capítulo III (artículos 16 a 22) se dedica a la libre elección de profesionales y de hospital en el ámbito de la Atención Especializada.

Dicho lo anterior, resulta que el procedimiento establecido para la libre elección en Atención Primaria expresamente prevé el efecto que la ausencia de respuesta (silencio administrativo) a las solicitudes presentadas por los interesados va generar, al concretar el

apartado 6 del artículo 15 que *“la resolución se dictará y notificará en el plazo de un mes. Si transcurrido el plazo no se hubiera dictado y notificado, se considerará estimada”*, mientras que, por el contrario, la propia norma proyectada no contiene previsión alguna sobre este particular cuando regula el procedimiento para la libre elección en Atención Especializada, lo cual, habida cuenta de la regulación por el Anteproyecto de disposición que dictaminamos del derecho subjetivo a ejercitar la libre elección de médico y hospital en ese ámbito asistencial, debería concretarse.

Es más, sería aconsejable expresar, en la norma proyectada, que, en todo lo no previsto expresamente para el procedimiento referido a la Atención Especializada, rigiera lo previsto para el procedimiento de Atención Primaria.

Por otro lado, en el art. 11.2, la referencia a los incapaces sería más apropiado sustituirla por una alusión a las “personas con capacidad modificada judicialmente”, que es la terminología actual.

Por lo demás, el texto proyectado regula el derecho a la libre elección de profesional sanitario y de Centro en los referidos ámbitos de la Atención Primaria y la Atención Especializada en el Sistema Público de Salud de La Rioja en una forma similar a la regulada en otras Comunidades Autónomas y estableciendo, de forma objetiva y ajustada al ordenamiento jurídico, los necesarios condicionantes y limitaciones al ejercicio a ese derecho, derivadas del interés público y de las disponibilidades del Servicio sanitario.

## **CONCLUSIONES**

### **Primera**

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

### **Segunda**

En cuanto a su contenido, el Anteproyecto de Decreto es conforme con el ordenamiento jurídico, aunque aconsejamos que se valore la observación contenida en el último de los Fundamentos de este 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