

En Logroño, a 26 de septiembre de 2011, 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<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Ortiz Lallana y D. José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. José M<sup>a</sup> Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**64/11**

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales, sobre el Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 18/2004, de 5 de marzo, por el que se establecen las condiciones higiénico-sanitarias que deben cumplir los establecimientos no sanitarios en los que se realizan prácticas de tatuaje, micropigmentación o perforación cutánea (*piercing*).

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

El Consejero de Salud y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja remite para dictamen el citado Proyecto de Decreto, que consta de la siguiente documentación:

- Resolución de inicio de procedimiento de elaboración de disposición de carácter general, de fecha 11 de mayo de 2011, del Director General de Salud Pública y Consumo de la Consejería.
- Memoria justificativa, de fecha 12 de mayo de 2011, y primer borrador del texto de la disposición.
- Diligencia de formación del expediente, de fecha 16 de mayo de 2011.
- Justificante de la remisión del texto de la disposición a posibles interesados para formular alegaciones, constando a continuación las presentadas por el Colegio Oficial de Enfermería de La Rioja y la Federación de Empresarios de La Rioja.
- Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de fecha 5 de julio de 2011.
- Segundo y definitivo borrador del texto de la disposición.
- Memoria final, de fecha 14 de julio de 2011.

## **Antecedentes de la consulta**

### **Primero**

Por escrito de 14 de Julio de 20011, registrado de entrada en este Consejo el día 3 de agosto de 2011, el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales 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 4 de agosto de 2011, registrado de salida el día 5 de agosto de 2011, 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*”; y de igual modo lo expresa el artículo 12, 2 c) de su Reglamento aprobado por el Decreto 8/2002, de 24 de enero.

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*”.

La norma proyectada modifica el Decreto 18/2004, de 5 de marzo, objeto de nuestro Dictamen 10/2004, en el que indicábamos que la regulación proyectada se dictaba en desarrollo de lo establecido en la Ley 2/2002 de 17 abril, de Salud, de la Comunidad Autónoma de La Rioja, y, en primera instancia, como consecuencia de lo establecido en el artículo 43 de la Constitución, que reconoce el derecho a la protección a la salud y encomienda a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública; aunque la razón última de la norma ahora sometida a nuestra consideración no sea otra que la de adaptar el anterior Decreto al contenido de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior.

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.

#### **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 Director General de Salud Pública y Consumo de la Consejería, al amparo del art. 6.1.4.i) del Decreto 32/2009, de 30 de junio, vigente en el momento de elaborarse la disposición proyectada.

Desde el punto de vista del contenido, el artículo 33.2 d 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 citada Resolución cumple de manera adecuada con el requisito legal.*

### **B) 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 una Memoria de fecha 12 de mayo de 2011, junto con un primer borrador del texto de la disposición. Tanto dicho borrador como la Memoria justificativa cumplen con los requisitos anteriormente transcritos.

### **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”.*

En el expediente, consta el acuerdo de formación de expediente de anteproyecto, de fecha 16 de mayo de 2011.

#### **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 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 y 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 dado cumplimiento al citado trámite, al haberse dado traslado del borrador de la disposición a diversas organizaciones, como Asociación Española de Micropigmentación, Cámara Oficial de Comercio e Industria de La Rioja, Colegio Oficial de Diplomados en Enfermería, Colegio Oficial de Médicos de La Rioja, Federación de Empresarios de La Rioja.

Por lo tanto, el trámite en cuestión debe entenderse como cumplido de manera adecuada.

## **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”.*

En el presente expediente, consta únicamente el informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de fecha 5 de julio de 2011.

## **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. 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 Secretaría General Técnica de la Consejería, de fecha 14 de julio de 2011, que relata todo el *iter* procedimental seguido para la redacción de la disposición, figurando junto a la misma el borrador definitivo de la disposición.

En base a todo lo expuesto, hay que concluir que se han seguido con absoluta corrección los trámites legales del proceso de elaboración de una disposición de carácter general.

### **Tercero**

#### **Competencia de la Comunidad Autónoma para dictar la norma proyectada.**

El artículo 43 de la Constitución reconoce el derecho de la protección a la salud, al tiempo que atribuye a los poderes públicos la organización y tutela de dicho derecho a la salud. Más adelante, el artículo 149.1.16 atribuye con carácter exclusivo al Estado, las bases y coordinación general de la sanidad, lo que se lleva a cabo a través de la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, que tiene el carácter de norma básica del Estado.

Por su parte, el Estatuto de Autonomía de La Rioja actual, atribuye en su artículo 9.5 competencia para el desarrollo legislativo y de ejecución en materia de sanidad e higiene, fruto de la cual actualmente se encuentra en vigor la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud.

En base a lo manifestado, no queda duda alguna acerca de la competencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja para dictar la disposición informada.

### **Cuarto**

#### **Observaciones jurídicas sobre el contenido normativo del Proyecto reglamentario.**

El Anteproyecto sometido a nuestra consideración incluye en el Decreto 18/2004, de 5 de marzo, que fue objeto de nuestro antes citado Dictamen 10/04, tres nuevas Disposiciones Adicionales (Quinta, Sexta y Séptima), con la intención de adaptarlo a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios del mercado interior, en aquellos aspectos que no fueron objeto de adaptación por el Decreto 25/2010, de 30 de abril, cuyo Anteproyecto fue objeto de nuestro Dictamen 35/10.

Así, en la primera de las nuevas Disposiciones (D.A.5ª) se equipara, como formación del personal aplicador de estas técnicas, la impartida en otras Comunidades Autónomas o en cualquier país miembro de la Unión Europea. En el texto de la citada Disposición, parece más lógico que la referencia que se hace al artículo 12 del presente Decreto, se realice, en realidad,

al artículo 11.2, que es el que establece la obligación del curso homologador para aquellos que carezcan de titulación media o superior.

La segunda de las Disposiciones (D.A.6ª) establece los requisitos que deberán guardar la empresas formadoras que impartan cursos acreditados en otras Comunidades Autónomas o Estados miembros de la Unión Europea, a las que se les exige la previa comunicación a la Consejería competente en materia de salud pública de las características de sus cursos: número de horas, formación del profesorado, etc.

El Decreto 25/2010 suprimió el artículo 14.2 del Decreto 18/2004, que regulaba la autorización sanitaria previa de funcionamiento, la última de las nuevas Disposiciones (D.A.7ª) somete el funcionamiento de estos centros al régimen de comunicación previa a la autoridad sanitaria, lo que no impedirá que ésta pueda realizar un control *a posteriori* garantizador del cumplimiento de los requisitos exigibles a los centros y su personal. Sin embargo y como quiera que se mantienen otros tres apartados del artículo 14 del Decreto que se modifica, titulado “autorización”, atribuyendo a los Ayuntamientos competencia para autorizar la apertura o inicio de actividad de los establecimientos, parece necesario, que se modifique el texto del citado artículo en su integridad, para evitar dudas sobre el régimen de intervención administrativa aplicable.

A la vista de las expresadas medidas que pretende adaptar el Anteproyecto que se dictamina, es obvio que se trata de sustituir, para la prestación en La Rioja de servicios de micropigmentación y perforación cutánea, el tradicional régimen policial de autorización previa de la Administración sanitaria de la CAR por el de una previa comunicación responsable del interesado con comprobación posterior por parte de la Administración autonómica, sin perjuicio de las competencias municipales.

Es cierto que esta sustitución viene exigida por la Directiva CE/123/2006, de 12 de diciembre, tal y como ha sido traspuesta por la Ley estatal 17/2009, de 23 de noviembre, y, en La Rioja, por el Decreto 25/10, de 30 de abril, por el que, entre otros, se modificó el Decreto 8/2004, de 5 de marzo, de regulación de tales actividades.

Ahora bien, como expresábamos en nuestro Dictamen 10/04, sobre el texto que luego se convertiría en el Decreto 18/04, la eventual incidencia en la salud humana de las actividades de micropigmentación y perforación cutánea, especialmente cuando las mismas son ejercidas por personas ajenas a profesiones sanitarias tituladas, lleva a este Consejo Consultivo a advertir de la necesidad de que la Administración sanitaria competente extreme el celo en la vigilancia y comprobación de las comunicaciones responsables que reciba en esta materia, puesto que eventuales daños y perjuicios derivados de estas actividades pudieran ocasionar responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica por defecto de vigilancia.

Y cabe también ofrecer a la reflexión del Gobierno de La Rioja la consideración de que la entrada en vigor de la Directiva 123/2006 no impide seguir aplicando el tradicional sistema de autorización administrativa a las actividades que nos ocupan, ya que, como señalábamos en nuestro Dictamen 35/2010, sobre el texto que se convertiría en Decreto 25/2010 y completamos ahora, dicha intervención administrativa se enmarca en la competencia estatutaria en materia de sanidad e higiene (art. 9.5 EAR'99) y en la cobertura legal ofrecida por los arts. 24, 25 y 28, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y 1, de la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de la CAR, que así lo preven; mientras que la expresada Directiva, en su art. 2.2.f), en relación con el art. 2 de la Ley 17/2009, que la traspone, permite exceptuar del sistema de comunicación previa responsable con comprobación inspectora posterior por parte de la Administración a las actividades sanitarias reservadas a "*profesiones reguladas*". En efecto, este último término es referido, por el art. 3.13 de expresada Ley 17/2009, a "*la actividad o conjunto de actividades profesionales cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio, estén subordinados, de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales o reglamentadas, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales*", definición ésta que podría ser aplicada a las personas que, para la prestación de actividades de micropigmentación y perforación cutánea, han de superar los cursillos de capacitación administrativamente homologados a que aluden las disposiciones vigentes.

## 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 observaciones contenidas en el cuerpo del presente dictamen.

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

señalados en el encabezamiento.

Joaquín Espert y Pérez-Caballero  
Presidente

Antonio Fanlo Loras  
Consejero

Pedro de Pablo Contreras  
Consejero

José M<sup>a</sup> Cid Monreal  
Consejero

M<sup>a</sup> del Carmen Ortiz Lallana  
Consejera

Ignacio Granado Hijelmo  
Letrado-Secretario General