

En Logroño, a 26 de diciembre 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. José María Cid Monreal y D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana, así como del Letrado-Secretario General D. Ignacio Granado Hijelmo, habiendo excusado su asistencia el Consejero, D. Pedro de Pablo Contreras, y siendo ponente D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

86/11

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales, sobre el *Anteproyecto de Orden por la que se modifica la Orden 5/2010, de 30 de diciembre, de la Consejería de Servicios Sociales, por la que se regulan las condiciones de acceso y la cuantía de las prestaciones económicas del Sistema riojano para la autonomía personal y la dependencia.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

La Consejería de Salud y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja ha elaborado el Anteproyecto de Orden referido, con la siguiente tramitación:

El procedimiento se inició por Resolución de la Directora General de Atención a la Dependencia y Prestaciones Sociales, de fecha 17 de agosto de 2011. El 17 de octubre siguiente, la misma Directora General suscribió la correspondiente Memoria justificativa. Del primer borrador de la norma proyectada, con los Anexos I y II que la completan, se dio traslado a la Secretaría General Técnica que, con fecha 24 de octubre de 2011, dictó la Resolución de formación del expediente. Con fecha 25 de octubre de 2011, se solicitan informes de la Oficina de Control Presupuestario y de la Intervención Delegada. Esta última lo emite el 3 de octubre de 2011, mientras que la primera lo hace el 31 de octubre de 2011. Este último informe es objeto, a su vez, de un nuevo informe elaborado por la precitada Dirección el 9 de noviembre de 2011; y, de este último, se da traslado, con fecha del 14 de noviembre siguiente, a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud. Consta asimismo en el expediente el informe del Consejo Riojano de Servicios Sociales, de fecha 28 de octubre de 2011, así como el informe de los Servicios Jurídicos, de 30 de noviembre de 2011. Se solicita de nuevo informe a la Intervención Delegada el 30 de noviembre de 2011, que lo

emite el 5 de diciembre del mismo año. El Centro gestor emite informe sobre el emitido por los Servicios Jurídicos el 15 de diciembre de 2011. Y, finalmente, con fecha 21 de diciembre de 2011, el Secretario General Técnico elabora la Memoria final.

Todo ello es remitido, para dictamen, a este Consejo Consultivo.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 21 de diciembre de 2011, registrado de entrada en este Consejo el 22 de diciembre 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 22 de diciembre de 2011, registrado de salida el 23 de noviembre 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 a la Consejera señalada en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo.

El artículo 11.a) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, determina que el Consejo deberá ser consultado en relación con “*los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes estatales o autonómicas*”; precepto que viene a reiterar el artículo 12.2.C) del Reglamento Orgánico y Funcional del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero.

Habida cuenta la naturaleza de la norma sometida a nuestra consideración, que pretende modificar la Orden 5/2010, dictada en desarrollo de la Ley 7/2009, de Servicios Sociales de La Rioja, y en el marco de la Ley estatal 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, resulta clara la aplicación de los citados preceptos de nuestra Ley y Reglamento reguladores y, por tanto, la procedencia del presente dictamen, especialmente en la medida que la norma reglamentaria proyectada, que puede ser dictada en ejercicio de la potestad reglamentaria conferida por la Disposición Adicional Segunda del Decreto 131/2007, de 27 de diciembre, se dicta, en parte, en desarrollo del artículo 5 del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, que modifica y afecta a la indicada Ley estatal a propósito de la adopción de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

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 la Directora General de Atención a la Dependencia y Prestaciones Sociales el 17 de agosto de 2011, lo que se ajusta a lo dispuesto en el artículo 5.1.4.i) del Decreto 33/2009, de 30 de junio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Servicios Sociales 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.

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 razonable y adecuadamente 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 de la norma proyectada acompañado de la pertinente Memoria justificativa, por lo que se actuó en plena conformidad con la ley, que exige que la Memoria sea inicial y los informes se soliciten y evacuen sobre el Anteproyecto de reglamento, el cual no puede existir hasta que se cumpla el trámite a que nos referimos a continuación.

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 24 de octubre de 2011, que es suficiente en su contenido.

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 debe estimarse cumplido correctamente a través de la remisión del primer borrador al Consejo Riojano de Servicios Sociales, órgano representativo del sector, habiéndose valorado adecuadamente en el expediente las observaciones formuladas. Además, desde la vigencia de la Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja, es preceptivo que el Consejo Riojano de Servicios Sociales informe, en cuanto tal, de los Proyectos de Ley y de Decreto en

materia de servicios sociales (artículo 51.2), constando en el expediente su informe favorable, adoptado en su reunión extraordinaria de 17 de octubre de 2011.

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 este caso se han cumplido adecuadamente el trámite preceptivo de informe por la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja, que –además– resulta fundamentado y correcto. Previamente y habida cuenta la relevancia económica del Anteproyecto, también se había requerido informe de la Oficina de Control Presupuestario de la Intervención Delegada.

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 21 de diciembre de 2011, cuyo contenido responde, adecuada y más que suficientemente, a las exigencias impuestas por dicho precepto.

Tercero

Competencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja para dictar la norma proyectada.

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 ejercitada es inequívocamente la que resulta de lo dispuesto en el artículo 8.1.30 del Estatuto de Autonomía de La Rioja (EAR'99), según el cual corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de asistencia y servicios sociales, la cual se contempla en el artículo 148.1.20ª de la Constitución y ha sido asumida, en coherencia con ello, por todas las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos.

Como, reiterando nuestra doctrina anterior, explicamos con detenimiento en el D.29/10 (sobre el proyecto de Decreto por el que se regula el sistema de acceso a plazas públicas en Centros de día para personas mayores dependientes del Sistema riojano para la autonomía personal y la dependencia), así como en el D.100/10 (sobre la Orden 5/2010, de 30 de diciembre, que ahora pretende modificarse), esa atribución de la competencia exclusiva en materia de asistencia social a todas las Comunidades Autónomas hace constitucionalmente más que dudosa la validez de la Ley estatal 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en la que el Estado invoca el artículo 149.1.1.ª de la Constitución, no ya para regular “las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” -en este caso de las personas dependientes-, sino para crear un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que provoca un régimen sustancialmente uniforme en esta materia en todo el territorio nacional.

Como -siguiendo por lo demás la nítida doctrina sentada al respecto por el Tribunal Constitucional- argumentábamos en el referido D.29/10, a cuyo contenido nos remitimos, el artículo 149.1.1.^a de la Constitución confiere competencia al Estado para regular o establecer el contenido mínimo o básico de los derechos constitucionales en sentido estricto, no para hacerlo con derechos subjetivos creados o abordados por ley por las propias Cortes Generales, ni siquiera en el caso -como es, sin duda, el de las personas con discapacidad- en que tales derechos constituyan un desarrollo de los principios de política social de que la Constitución se ocupa.

Es más, aun suponiendo que efectivamente pudiera el Estado esgrimir el artículo 149.1.1.^a para establecer condiciones básicas para el ejercicio de un derecho que él mismo, con fundamento en meros principios rectores de política social y económica, viene a crear por ley de las Cortes Generales, lo cierto es que, tal y como la Ley 39/2006 viene a configurar dicho derecho subjetivo de índole prestacional, el mismo no resulta exigible por los ciudadanos al propio Estado que lo crea, sino a las Comunidades Autónomas (por más que el Estado lo financie en su nivel mínimo y, eventualmente, en el cooperativo), que resultan compelidas a mantener, llevar a cabo y adaptar su organización a la prestación de los indicados servicios.

Y ello contrasta notoriamente con el contenido posible de las normas que el Estado puede dictar al amparo del artículo 149.1.1.^a CE., que no se dirige a imponer conductas a las Comunidades Autónomas, sino que tiene por destinatarios exclusivamente los ciudadanos: la vinculación de las Comunidades Autónomas (y de la propia Administración del Estado) no puede ser sino un simple efecto reflejo de la regulación por el legislador estatal competente de las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio por todos los ciudadanos de los derechos constitucionales, por lo que no es constitucionalmente de recibo, invirtiendo los términos de la cuestión, imponer explícitamente a las Comunidades Autónomas todo el amplio elenco de actuaciones administrativas que derivan del Sistema de atención a la dependencia.

Establecidas legítimamente unas condiciones básicas, las Comunidades Autónomas se ven obligadas a respetarlas —pues aquéllas se integran en el derecho subjetivo del ciudadano—, pero no puede formar parte de aquéllas, sin vulnerar la propia autonomía de dichas Comunidades y su competencia exclusiva en materia de asistencia social, la determinación directa de una serie de medidas concretas que ésta se ve obligada a implementar, como ocurre especialmente con las funciones puramente ejecutivas derivadas del nivel mínimo de protección tal y como lo configura la Ley 39/2006, cuya concreción y carácter material lo alejan notoriamente de la idea de reglas o principios fundamentales que, desde dentro del derecho, propician su aplicación a todos los españoles en condiciones de igualdad.

Todo ello no obstante, al no haberse recurrido ni, por ende, declarado la inconstitucionalidad, por incompetencia del Estado para dictarla, de dicha Ley estatal —al contrario, el apartado IV del Preámbulo de la nueva Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja, viene incluso a reconocer su validez y vigencia, y luego se acomoda su tenor a las prescripciones de aquélla—, las normas reglamentarias deben dictarse, sin duda también, respetando su contenido —por razones tanto de jerarquía normativa cuanto, y sobre todo, de competencia—, lo que, sucede en este caso al dictarse, en parte, la Orden proyectada, que pretende modificar la citada Orden 5/201, de 30 de diciembre, en desarrollo del artículo 5 del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, que modifica y afecta a la indicada Ley estatal, a propósito de la adopción de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

Cuarto

Observaciones concretas al texto del reglamento proyectado.

De hecho, y enlazando con lo anterior, el Anteproyecto de Orden sometido a nuestra consideración empieza en su Preámbulo, muy acertadamente, explicando que se trata de modificar la Orden 5/2010, de 30 de diciembre, de la Consejería de Servicios Sociales por la que se regulan las condiciones de acceso y la cuantía de las prestaciones económicas del Sistema riojano para la autonomía personal y la dependencia.

La citada Orden 5/2010, de 30 de diciembre, establece que, en el caso de no existir plazas públicas vacantes en los centros, será requisito para acceder a la prestación vinculada al servicio, el haber solicitado plaza pública en dicho servicio. Si una vez concedida la plaza pública, la persona dependiente renuncia a la misma, dicha renuncia supone la extinción de la prestación económica concedida. Dicha previsión obedece a la necesidad de priorizar, dentro del Sistema riojano para la autonomía personal y la dependencia, el acceso a los servicios respecto a las prestaciones económicas, tal y como señala el artículo 25.2 de la Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja.

Como se advierte en el expediente, si bien esta previsión es correcta para los Centros de día y Centros ocupacionales, en el caso de los Centros residenciales se dan situaciones de personas dependientes que llevan muchos años residiendo en centros privados, por lo que su traslado a una plaza pública resulta perjudicial e inconveniente para los mismos, al estar plenamente adaptados a dichos Centros, que han pasado a ser propiamente su hogar. Por ello, parece más que razonable permitir que aquellas personas que acceden a una prestación vinculada al Servicio de atención residencial al no existir una plaza pública en el momento en el que surge la necesidad, puedan seguir disfrutando de la misma si esa es su opción preferencial. En consecuencia, la norma dictaminada otorga nueva redacción al

artículo 5 de la citada Orden 5/2010, relativo a la inexistencia o insuficiencia de Servicios y a su Disposición Transitoria sobre prestaciones extinguidas.

Obviando ahora las observaciones concretas que este Consejo formuló a la citada Orden en su D.100/10 (que se dan por reproducidas y que concluían estimando que “*no apreciamos vulneración alguna de dicha legislación estatal*”); es lo cierto que, 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), así como las rectificaciones realizadas en el texto de la norma proyectada en el curso de su tramitación, que han servido para depurar los aspectos del mismo que eran susceptibles de mejora, este Consejo Consultivo dictamina la modificación pretendida favorablemente.

CONCLUSIONES

Primera

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

Segunda

En cuanto a su contenido, el Anteproyecto de Orden de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales es conforme con el ordenamiento jurídico.

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