



Inf. 67/2019

ASUNTO: PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE MODIFICA EL DECRETO N° 41/2003, DE 2 DE MAYO, POR EL QUE SE REGULA LA PUBLICIDAD SANITARIA DE LA REGIÓN DE MURCIA.

ÓRGANO CONSULTANTE: CONSEJERÍA DE SALUD.

Ha tenido entrada en esta Dirección de los Servicios Jurídicos el Proyecto que se cita, remitido para emisión del informe preceptivo previsto en el artículo 7.1, letra f), de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Junto a la solicitud de informe se remiten los documentos que se citan en el índice que la acompaña, dando cumplimiento así a lo previsto en el artículo 21.1. letra b), del Decreto 77/2007, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la citada Ley.

En relación con la documentación remitida, el artículo 21 citado establece que la consulta irá acompañada, junto a los documentos que se citan, de una *“copia autorizada del texto definitivo de la propuesta de acto o proyecto de disposición de carácter general que constituye su objeto”*.

19/11/2019 18:06:05

19/11/2019 17:52:42 BOCAMORA, MANUELA, JOAQUIN

CARRIÓN GONZÁLEZ, JUAN FRANCISCO

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico administrativo archivado por la Comunidad Autónoma de Murcia, según artículo 27.3.c) de la Ley 39/2015. Los firmantes y las fechas de firma se muestran en los recuadros. Su autenticidad puede ser contrastada accediendo a la siguiente dirección: <https://sede.carm.es/verificardocumentos> e introduciendo el código seguro de verificación (CSV) CARM-e346231d-0aee-df08-9a17-0050569b34e7





A tal propósito obedece el texto que se incorpora al expediente remitido, con la denominación de copia autorizada y suscrito por el Consejero.

A la vista de la solicitud de informe, de la documentación que la acompaña y del Proyecto que se ha citado, han de ponerse de manifiesto los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO. A iniciativa de la Dirección General de Planificación, Investigación, Farmacia y Atención al Ciudadano, se inició la tramitación del Proyecto que se informa, cuyo propósito es la revisión y actualización de la normativa reglamentaria vigente en relación con la publicidad sanitaria, y que se recoge en el Decreto 41/2003, de 2 de mayo.

De las actuaciones llevadas a cabo, y sin perjuicio de lo que luego se dirá en cuanto al procedimiento seguido, debe hacerse mención de la consulta pública, previa a la elaboración del Proyecto, que se llevó a cabo en octubre de 2017, mediante el anuncio y publicación en la página web del Portal de la Transparencia, de lo que se da cuenta en el expediente remitido.

SEGUNDO. En trámite de audiencia fueron consultadas hasta un total de veinticinco entidades e instituciones, destacando entre las mismas los Colegios Profesionales del ámbito sanitario, las organizaciones empresariales y las asociaciones y entidades de anunciantes y distintos





medios de comunicación. De los anteriores, formularon alegaciones, entre otros, el Colegio Oficial de Fisioterapeutas, el Colegio Oficial de Odontólogos y la Confederación Regional de Organizaciones Empresariales de Murcia (CROEM), según la documentación remitida por la Consejería proponente.

Consta en el expediente el acuerdo favorable del Consejo Asesor Regional de Consumo y del Consejo de Salud de la Región de Murcia, que conocieron del Proyecto.

TERCERO. En la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, se da cuenta de las actuaciones seguidas, de las alegaciones realizadas, de las sucesivas y justificadas incorporaciones y del Proyecto finalmente propuesto para informe.

A la vista de los antecedentes que se citan procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA. Competencia y propósito de la norma.

1- El Proyecto que se informa tiene como propósito la modificación del Decreto 41/2003, de 2 de mayo, por el que se regula la publicidad sanitaria en la Región de Murcia. El citado Decreto 41/2003 complementa la legislación básica estatal, cuyas determinaciones viene obligado a respetar,





en particular, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que habilita a las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, a realizar un control de la publicidad y propaganda comercial, para que se ajusten a criterios de veracidad, en lo que a la salud se refiere, y para limitar e impedir lo que pueda constituir un perjuicio para la misma. En definitiva, se trata de un reglamento autonómico que complementa y concreta la legislación básica estatal y cuyos destinatarios están obligados a atender y respetar.

2- Junto a lo anterior, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, prescribe que la publicidad de materiales y productos sanitario, así como otros productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud, podrá ser regulada por sus normas especiales o sometida al régimen de autorización previa.

3- En este aspecto debe recordarse que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, a la vista de su Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, ejerce su competencia según lo establecido en su artículo 11.1 del mismo que, en el marco de la legislación básica del Estado, atribuye a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y ejecución en materia de sanidad e higiene, ordenación farmacéutica y coordinación hospitalaria en general, incluida la Seguridad Social; así como en materia de defensa del consumidor y usuario en el artículo 11, apartados 1 y 7, junto a la competencia exclusiva en materia de publicidad, sin perjuicio de las normas dictadas por el Estado para sectores y medios específicos, prevista con carácter general en el artículo 10.Uno.30 del citado Estatuto de Autonomía.





4- Junto a las anteriores, el Proyecto que se informa alude, en su parte expositiva, a la entrada en vigor de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, y de la ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ambas de 1 de octubre, a las que habrá de atenderse -recuerda el Proyecto- a la hora de actualizar aspectos puntuales del procedimiento de autorización administrativa previa regulado actualmente en el Decreto 41/2003.

5- El Consejo de Gobierno es el órgano competente para la aprobación de la norma que se propone, de acuerdo con la previsión de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

6- Con anterioridad a la remisión de la oportuna Propuesta al Consejo de Gobierno, deberá recabarse e incorporarse al expediente el dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, que resulta preceptivo de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo.

SEGUNDA. Procedimiento de elaboración.

1- La elaboración y tramitación del Proyecto ha seguido lo establecido en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia; como se recuerda en el informe de la Vicesecretaría que se incorpora al expediente seguido, son de aplicación las previsiones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre,





de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, respectivamente, en materia de publicidad y participación en los procedimientos de elaboración y tramitación de disposiciones normativas como la que nos ocupa.

2- Así, resulta de aplicación el artículo 133 de la Ley 39/2015 en cuanto a la exigencia de una consulta pública previa a la elaboración de los proyectos normativos a través del portal web de la Administración competente, lo que se llevó a cabo en octubre de 2017, mediante el anuncio y publicación en el Portal de la Transparencia. De forma simultánea, la Oficina para la Transparencia y la Participación Ciudadana lleva a cabo un proceso para recabar la participación, opinión y sugerencias de los ciudadanos, en relación con el proyecto que posteriormente ha sido objeto de tramitación.

3- Consta en el expediente la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN) prevista en la Resolución de 13 de febrero de 2015, de la Secretaría General de la Consejería de Hacienda, por la que se dispone la publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia del Acuerdo del Consejo de Gobierno, de fecha 6 de febrero de 2015, por el que se aprueba la Guía Metodológica para la elaboración de la citada MAIN.

4- Conviene poner de manifiesto la audiencia otorgada a los sectores y colegios profesionales que pudieran resultar afectados por la materia





regulada; en particular a las agencias y anunciantes, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 8.6 de la Ley General de Publicidad. También a los consumidores y usuarios, a través del Consejo Asesor Regional de Consumo, como se indicó anteriormente.

5- Cabe concluir que se ha plasmado de forma adecuada en el expediente remitido la evolución del contenido del Proyecto durante su tramitación, con la incorporación de las modificaciones introducidas como consecuencia de las observaciones formuladas.

TERCERA. Consideraciones sobre el texto remitido.

1- De acuerdo con las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, y publicadas mediante Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia, del siguiente día 28, y que pueden ser de aplicación en el ámbito de esta Administración Regional, por carecer ésta de regulación propia, el documento remitido a la consideración del Consejo de Gobierno adoptará la forma de Proyecto, por lo que habrá de modificarse en este sentido el texto remitido.

2- Conforme a las Directrices citadas, las disposiciones generales contarán con una parte expositiva, que cumplirá con las funciones de describir su contenido, indicado su objeto y finalidad, sus antecedentes y las competencias y habilitación en cuyo ejercicio se dictan.





El texto remitido consta de dicha parte expositiva, dando cumplimiento así al requisito citado. También se refiere a la citada parte expositiva el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuando señala que, en la misma, quedará suficientemente justificada la adecuación de la norma a los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, transparencia, eficiencia y seguridad jurídica.

3- Junto a la parte expositiva, el texto remitido consta de un artículo único, relativo a la modificación propuesta, con dieciséis apartados, una disposición transitoria, relativa al régimen transitorio, y una disposición final, relativa a la entrada en vigor.

En relación con el principio de seguridad jurídica, al que se aludió anteriormente, debe recordarse que el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución Española enuncia una serie de principios esenciales por los que se rige nuestro ordenamiento jurídico.

Así, junto a los principios de legalidad, jerarquía normativa, de publicidad de las normas, entre otros, cita, el señalado precepto, el principio de seguridad jurídica, respecto del que el resto de principios enunciados tienen un carácter instrumental.

La doctrina define, de forma gráfica, la seguridad jurídica como la cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es el Derecho en cada momento.

CARRIÓN GONZÁLEZ, JUAN FRANCISCO 19/11/2019 17:52:42 BOCAMORA, MANUELA, JOAQUÍN 19/11/2019 18:06:05
Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico administrativo archivado por la Comunidad Autónoma de Murcia, según artículo 27.3.c) de la Ley 39/2015. Los firmantes y las fechas de firma se muestran en los recuadros. Su autenticidad puede ser contrastada accediendo a la siguiente dirección: <https://sede.carm.es/verificardocumentos> e introduciendo el código seguro de verificación (CSV) CARM-e346231d-0aee-df08-9a17-0050569b34e7





El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto de manera reiterada que el legislador debe huir de producir desorden normativo, de forma que los ciudadanos y los aplicadores del Derecho puedan conocer el mismo y saber, por tanto, a qué deben sujetar su conducta; el citado principio tiene como propósito evitar la incertidumbre jurídica.

Como colofón de lo anterior, podemos afirmar que hay supuestos en que el uso de una defectuosa o imperfecta técnica legislativa, en lo que la incorporación de la norma al ordenamiento jurídico se refiere, puede afectar al principio de seguridad jurídica.

4- La reflexión anterior tiene su razón de ser en el contenido del texto propuesto, en particular, en el alcance de la modificación que se propone; en efecto, el Decreto 41/2003 vigente tiene 17 artículos, proponiéndose la modificación de todos ellos, con alcance diverso -la mayoría con una nueva redacción de los artículos modificados- a excepción de los artículos 1, 7 y 16, cuyo texto no se ve alterado. También afecta la modificación que se propone a las disposiciones adicionales segunda y cuarta del Decreto vigente.

Tras la reflexión señalada y a la vista del extenso alcance la modificación que se propone, en opinión de esta Dirección, se satisface mejor el principio de seguridad jurídica a que se ha hecho mención en el apartado anterior, con la aprobación de un Proyecto que, incorporando las





modificaciones que se proponen, a la vez, derogue el vigente Decreto 41 /2003.

Ello no obstante, y con el propósito de no demorar la tramitación del Proyecto, se informa el Proyecto remitido, aun proponiendo -propuesta que habrá de valorar la Consejería- que, previo dictamen del Consejo Jurídico, se remita al Consejo de Gobierno la propuesta de aprobación de un Proyecto de Decreto que, a su entrada en vigor, determine la derogación del vigente y no su modificación.

5- Sin perjuicio de lo anterior, en relación con el contenido de la parte expositiva y de los artículos cuya modificación se pretende, deben realizarse las consideraciones que siguen.

En relación con la parte expositiva puede prescindirse de la cita del Consejo de Salud de la Región de Murcia y del Consejo Asesor Regional del Consumo, no así de la del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, por ser preceptiva.

En cuanto a la estructura del texto articulado, debe valorarse por la Consejería la posible distribución, en un nuevo Proyecto de Decreto, de los 17 artículos en Capítulos, por razones sistemáticas, dada la variedad de materias a que afecta y siempre que tengan un contenido homogéneo; así, por ejemplo, Capítulo I, Disposiciones generales, Capítulo II, Autorización administrativa, Capítulo III, Registro de Publicidad Sanitaria y Capítulo IV, Régimen Sancionador.





En el **artículo 5** que se propone no se alude, entre los criterios para la difusión de los mensajes publicitarios, a la identificación del profesional sanitario mediante su número de colegiación, a diferencia de lo que sucede en el texto vigente, sin que se indique en la documentación remitida razón alguna de la omisión. No debe olvidarse que en el texto que se informa se alude a una disposición adicional tercera del Decreto vigente, cuyo contenido habrá de incluirse en el texto que se proponga finalmente.

En el **artículo 6** del texto remitido, y con el fin de facilitar a los ciudadanos la tramitación de la autorización administrativa, debería identificarse de forma concreta, y no abstracta, al órgano competente para la autorización, que parece ser, según se desprende del texto remitido, el titular de la Consejería.

En el **artículo 8** del texto propuesto, se establece un plazo de 5 días para la emisión de informe, que se antoja insuficiente, como luego se dirá.

En el **artículo 9** del texto remitido, se hace referencia a “*la persona titular de la Consejería dictará la Orden...*”, expresión que, como acabamos de indicar, puede sustituirse por “*la Consejería dictará la orden....*”, sin más.

El plazo de dos meses establecido, que también se antoja insuficiente o voluntarista, ha de ser para dictar y notificar la resolución, de conformidad





con lo establecido en el artículo 21, apartado 1, de la Ley 39/2015, y no solo para dictar la resolución.

Si en el artículo 9, ya aludimos expresamente a la forma que adoptará la resolución (la de Orden) y ya identificamos al titular de la competencia, el Consejero, por lo que en los artículos 6 y 8, como venimos diciendo, debe concretarse la competencia en “*el titular de la Consejería*”.

En relación con la referencia al silencio administrativo que se contiene en el citado artículo 9 del texto remitido, cabe decir que la misma es innecesaria, por lo que puede suprimirse, de manera que puede decirse “*el interesado podrá entender otorgada la autorización*”, sin más.

El inciso final parece indicar que solo deben motivarse las resoluciones que de forma expresa denieguen la autorización solicitada. Debe suprimirse dicho inciso, pues la Consejería tiene la obligación de motivar los actos administrativos, sea denegando la autorización, sea concediéndola, al tratarse del ejercicio de potestades discrecionales, conforme exige el artículo 35, apartado 1, letra i) de la repetida Ley 39/2015.

Por último, en relación con el citado artículo 9, debe iniciarse con la siguiente expresión: “*Emitidos los informes, o transcurrido el plazo para ello, ...*”, razón por la cual se indicaba en párrafos anteriores, que el plazo de 5 días para emitir el informe se antojaba insuficiente por irreal.





Al respecto del apartado 1 del **artículo 11**, relativo al Registro de Publicidad Sanitaria, debe indicarse, en coherencia con la propuesta de esta Dirección de elaborar un texto nuevo y derogar el vigente, que no puede iniciarse con la expresión “*Se crea el Registro de Publicidad Sanitaria, adscrito al órgano directivo competente...*”, pues el citado Registro ya se encuentra creado por el Decreto que se deroga; puede emplearse la siguiente expresión o similar: “1. *El Registro de Publicidad Sanitaria se adscribirá al órgano directivo competente...*”.

En relación también con el artículo 11, se alude en el apartado 2, a la inscripción de las modificaciones sustanciales que supongan alteración del mensaje autorizado en su momento.

Debe recordarse al respecto que, en el **artículo 10** del texto propuesto, se alude a la necesidad de comunicar al órgano directivo competente cualquier modificación producida sobre el mensaje publicitario autorizado, y que de dicha modificación se realizará un asiento marginal en el Registro, según el apartado 3 del artículo 10.

En opinión de esta Dirección, esa aparente contradicción entre cualquier modificación y modificaciones sustanciales que supongan alteración del mensaje autorizado, determinará una difícil aplicación e interpretación, por lo que debiera examinarse la posibilidad de armonizar los términos empleados en ambos preceptos.





En relación con el **artículo 17**, apartado 4, letra b, las sanciones que puede imponer el Consejero deben modificarse en los siguientes términos: desde 3.005,07 euros hasta 15.025,30 euros.

En relación con la **disposición adicional tercera** del texto remitido, el primer inciso es innecesario, y el segundo, relativo a la habilitación para que el Consejero disponga la delimitación y concreción de los criterios generales establecidos en el artículo 5, relativos a los criterios para la difusión de los mensajes publicitarios, vacía de contenido la potestad reglamentaria del Consejo de Gobierno, pues la regulación de tales criterios es precisamente el objeto, entre otros, del propio Decreto.

Al respecto, la doctrina del Consejo Jurídico señala que *“la habilitación al titular de la Consejería para el desarrollo de un reglamento del Consejo de Gobierno, cuando no viene específicamente atribuida por Ley, es admisible siempre y cuando se realice de forma puntual y accesoria y con las concreciones suficientes para no vaciar de contenido la potestad que, originariamente, corresponde al Consejo de Gobierno”*. (por todos, Dictamen nº 69/2001).

En consecuencia y de acuerdo con la citada doctrina, entiende esta Dirección que debe suprimirse también el inciso final relativo a la habilitación al Consejero para disponer la delimitación y concreción de los criterios generales de publicidad del artículo 5.





A modo de correcciones gramaticales, y sin perjuicio de que la Consejería lleve a cabo una detenida lectura del Proyecto definitivo, en el artículo 1, falta la letra *a* en la palabra *ámbito*. En el artículo 8 la palabra sanitario referida al establecimiento debe iniciarse en letra minúscula. En la denominación del artículo 11, el Registro de Publicidad Sanitaria debe aparecer en letras mayúsculas.

Por último, de atender la Consejería a la propuesta que se indica, debe incorporarse una disposición derogatoria que afecte al Decreto 41/2003, y que deberá incorporarse al texto antes de la disposición final referida a la entrada en vigor.

A la vista de cuantas consideraciones se han puesto de manifiesto, se informa favorablemente el **Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto nº 41/2003, de 2 de mayo, por el que se regula la publicidad sanitaria de la Región de Murcia**, si bien, con anterioridad a su propuesta de aprobación al Consejo de Gobierno, deben examinarse las observaciones formuladas en el presente informe y, muy especialmente, la relativa a la conveniencia, por las razones apuntadas, de elevar al Consejo de Gobierno un Proyecto de Decreto por el que se regula la publicidad sanitaria de la Región de Murcia que, incorporando las modificaciones propuestas, derogue el vigente Decreto nº 41/2003, de 2 de mayo.

EL DIRECTOR

Joaquín Rocamora Manteca

EL LETRADO

Juan Francisco Carrión González

(Documento firmado electrónicamente)

CARRIÓN GONZÁLEZ, JUAN FRANCISCO 19/11/2019 17:52:47 ROCAMORA MANTECA, JOAQUÍN 19/11/2019 18:06:05
Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico administrativo archivado por la Comunidad Autónoma de Murcia, según artículo 27.3.c) de la Ley 39/2015. Los firmantes y las fechas de firma se muestran en los recuadros. Su autenticidad puede ser contrastada accediendo a la siguiente dirección: <https://sede.carm.es/verificardocumentos> e introduciendo el código seguro de verificación (CSV) CARM-e346231d-0aee-df08-9a17-0050569b34e7

