

redacción médica

Opinión

Futuro de los Colegios profesionales sanitarios: especial referencia al control estatal de los Códigos Deontológicos

Ricardo De Lorenzo y Montero, presidente del Bufete De Lorenzo Abogados

POR LEY

15 ABR. 2024

La pasada semana tuve la oportunidad de acudir invitado por la Asociación Andaluza de Derecho Sanitario a su cuarto Congreso, magníficamente organizado por su Presidente Jose Enrique Peña con su Junta Directiva, a dar la Conferencia inaugural, tratando el futuro de los Colegios Profesionales, haciendo una especial referencia al Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 472/2021 de 29 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2018/958, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones, sometido a trámite de información pública, cuyo órgano proponente ha sido la Dirección General de Política Económica.

Esta iniciativa normativa, que se articula mediante una modificación del citado Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, pretende atribuir a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), la evaluación previa a la aprobación de los Códigos Deontológicos de los Colegios Profesionales de ámbito nacional y de los Consejos Generales, que en el ámbito sanitario sería la Organización Médica Colegial, OMC, precisando los efectos jurídicos del informe de evaluación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: un informe -preceptivo, aunque no se explicita- y no vinculante, si bien las corporaciones proponentes del correspondiente Código Deontológico deben motivar por qué no acogen las eventuales observaciones que se formularan en dicho informe de evaluación.

Lo que genera a estas alturas nuevamente un cierto desconcierto, porque, en primer lugar, únicamente los Colegios profesionales pueden garantizar la neutralidad en la aplicación de la normativa colegial y asegurar que en todo momento se respete y se proteja la independencia en la actuación facultativa de sus miembros, en el caso de los sanitarios. Y en segundo término, porque la independencia de los facultativos en el ejercicio de su profesión, su ética profesional, su responsabilidad deontológica y facultativa exige un control independiente ejercido por los colegios. El control deontológico que pudiera llevar a efecto la Administración frente a estos profesionales

que trabajan o prestan sus servicios profesionales para ella choca con el grave inconveniente de la falta de independencia e imparcialidad de aquélla, al tener que actuar en tales casos como enjuiciadora y parte. A ello debe añadirse que el régimen sancionador que tuviera previsto la Administración únicamente contemplaría una tipología de infracciones relacionadas con el vínculo que le une con el profesional funcionario y no con el propio acto profesional.

Vuelve a olvidarse o intentar olvidemos ,que estamos ante la figura de la Corporación colegial como entidad de derecho público, con potestades públicas atribuidas por la ley, con un estructura y funcionamiento que es sectorial pero amparada por la Constitución Española y que se sitúan entre la Administración del Estado o la Administración Autonómica y el administrado, ejerciendo funciones que corresponden a éstas por su carácter público, pero que la ley les atribuye su ejercicio para un funcionamiento óptimo, de más pericia, y sobre todo para que se encuentren en una posición de independencia respecto al poder público, que no puede cercenar su actuación, y así cumplir los fines que se la han encomendado por la ley.

La presencia de los Colegios Profesionales en una sanidad global es irrenunciable. Y lo es porque la salud es un bien que resiste a contemplaciones objetivas de cambio de bienes y servicios y se enuncia en términos de bienestar físico y social que reclaman enunciarse desde premisas de ética y solidaridad, como corresponde a un derecho anclado en la dignidad de la persona. Al margen del papel normativo de las Administraciones Públicas en la garantía del acceso a las prestaciones de los sistemas asistenciales públicos, la persecución del bien salud requiere unas condiciones de confianza entre los actores sociales y de avance en las condiciones de los profesionales que lo proveen, que determinan que sean los Colegios los únicos garantes del disfrute de prestaciones sanitarias en condiciones de solidaridad, ética y progreso en la formación y en la calidad asistencial.

La iniciativa indicada modificatoria del Real Decreto 472/2021, no se ajusta a Derecho. Ni los Códigos Deontológicos en general, ni el de la Organización Médica Colegial -de reciente aprobación- en particular, tienen la consideración de “disposiciones legales o reglamentarias que introduzcan o modifiquen requisitos para el ejercicio de las profesiones reguladas o su ejercicio” que deban ser sometidas durante su proceso de elaboración a una evaluación previa de proporcionalidad con arreglo al Real Decreto 472/2021. Ni tampoco los Colegios Oficiales de Médicos ni la OMC tienen la condición de “autoridades competentes para la regulación” de conformidad asimismo con dicho Reglamento. Extremos ambos que ha avalado expresamente el Consejo de Estado.

Este control preventivo que se pretende a cargo de la CNMC y el procedimiento instrumentado a su servicio infringen, de forma palmaria y manifiesta el principio de autonomía normativa consagrado por la Ley de Colegios Profesionales, que no contempla ningún control externo de legalidad en la elaboración y aprobación de los Códigos

Deontológicos, exentos como están de cualquier injerencia administrativa; a diferencia de los Estatutos Generales, que son las únicas disposiciones normativas de las corporaciones colegiales que, dada su condición de norma estructurante, están sujetas a un control de legalidad que efectúa el Gobierno/Ministerio de adscripción con arreglo a las pautas y cánones que determinan la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina legal del Consejo de Estado.

"La Constitución garantiza la identidad institucional de los Colegios, de modo que la ley tiene que garantizar su existencia y el correcto ejercicio de la función de interés general que, como Corporaciones de Derecho Público, los Colegios Profesionales tienen encomendadas"

El Proyecto articula un control preventivo de legalidad y un procedimiento para llevarlo a efecto cuyo desenvolvimiento se asimila en la práctica al del control de legalidad de los Estatutos Generales, en particular, al modo en que se realiza la interlocución cuando aquel detecta contradicciones normativas, aunque llevado a efecto no por el Ministerio de adscripción o el Gobierno sino por la autoridad estatal de competencia.

Me viene a la memoria las palabras de D. Antonio Pedrol, quien fuera Presidente del Consejo General de la Abogacía abogando por la constitucionalización de los Colegios, que siguen vigentes ante esta nueva situación: "Cuando yo voy a ver a un Médico le entrego en una relación ilimitada de confianza por mi parte mi salud y mi vida. Cuando un cliente viene a mi despacho, él me entrega, en esa relación de ilimitada confianza, su libertad, su honor y su patrimonio. Y cuando por parte del cliente se produce hacia el profesional esa entrega, como digo, tan ilimitada de confianza, es necesario que equilibremos esa relación, asegurando que el profesional respetará con honestidad las reglas propias de la deontología de cada una de esas profesiones".

"¿Cómo podemos actuar para que esa protección sea efectiva?, ¿Es que acaso el Estado puede efectuarlo por sí mismo? Rotundamente me atrevería a negarlo. El Estado no tiene medios para entrar en estos millares y millares de relaciones que se establecen entre los clientes y los profesionales, y aunque los tuviera no podría penetrar en ese recinto íntimo de la relación porque está vedado por el secreto profesional. Una experiencia de siglos nos demuestra que la única manera de asegurar eficazmente la vigencia, el respeto por el profesional de su deontología, es a través de la vigilancia ejercida por sus propios compañeros en los Colegios profesionales..."

Y esta fundamentación ética, el anteponer el interés del paciente al del profesional, que en materia de salud es tan esencial, que el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser Humano Respecto de las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, también conocido como Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina

(CEB), exige que toda intervención en el ámbito de la sanidad se efectúe dentro del respeto a las normas y obligaciones profesionales, constituye el campo propio de los Colegios Profesionales.

Llama por ello la atención la intromisión injustificada y desproporcionada a la autonomía normativa y organizativa de los Colegios Profesionales legalmente garantizada, de un procedimiento de tutela por la autoridad estatal de competencia. La Constitución garantiza la identidad institucional de los Colegios, de modo que la ley tiene que garantizar su existencia y el correcto ejercicio de la función de interés general que, como Corporaciones de Derecho Público, los Colegios Profesionales tienen encomendadas.

Cobran en estos trámites, una gran importancia y actualidad, pues se han conocido este pasado mes de enero, sendos informes del Consejo Económico y Social (CES) y de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), aprobados por sus respectivos Plenos, el del primero celebrado en 24 de enero y el del segundo en 9 de enero de este año.

Ambas instituciones, a diferencia de lo que aconteció con el proyecto sometido al trámite de informe por la Organización Médica Colegial, se han pronunciado a la vista así del texto del Proyecto de Real Decreto, como de la correspondiente Memoria de Análisis del Impacto Normativo (MAIN), que contiene la justificación de la necesidad y oportunidad del proyecto, documento este último que no se hizo llegar entonces (con toda seguridad por la premura y precipitación con la que se gestó la iniciativa y que fue denunciado en el escrito de evacuación del trámite de alegaciones por los Médicos.) la MAIN del proyecto, sin embargo, sigue sin ser de acceso público y no consta en el canal ministerial dispuesto para la participación pública en proyectos normativos que recoge la iniciativa.

No obstante, de la lectura de ambos informes se colige que en el Anexo I de la misma figuran las alegaciones recibidas en la fase de audiencia e información pública, entre ellas las de la Organización Médica Colegial, y la agrupación de las mismas y su contestación por parte del ministerio proponente, lo que ha permitido reflejar las posiciones de los agentes implicados en el proceso de elaboración del Real Decreto contribuyendo, como dice el CES, a la adecuada comprensión de algunas de sus principales repercusiones; y asimismo a que los posteriores órganos informantes conozcan de antemano la posición crítica de las corporaciones, extremo este que en mi opinión ha sido determinante, y puede serlo aún más, en la emisión de posteriores informes en la medida en que se puedan hacer eco de las críticas y denuncias expresadas.

La publicación de ambos informes revela que esta iniciativa normativa es consecuencia última de la emisión por la Comisión Europea de un dictamen motivado en el que considera que se ha producido un defecto en la transposición de la Directiva (UE) 2018/958 al estimar que los códigos deontológicos de los Colegios Profesionales no se someten a una evaluación objetiva e independiente en el marco de test de

proporcionalidad. Una noticia que en ningún momento fue puesta de manifiesto durante el trámite de consulta practicado y al que, injustificadamente, ni siquiera se hacía referencia en la exposición de motivos del Proyecto de Real Decreto. Ahora sí se explicita, pero, como advierte -y critica- el CES, hubiera sido deseable acompañar a la solicitud de dictamen, la Carta de emplazamiento remitida a España por la Comisión para comunicar la apertura de un procedimiento de infracción y la respuesta a la misma; omisión que según el CES “dificulta en gran medida valorar el alcance concreto de los requerimientos del organismo europeo, así como ponderar la idoneidad del procedimiento que articula el Proyecto para darles satisfacción. Se trata de documentos fundamentales para la adecuada realización de la labor consultiva del CES en este caso, puesto que constituyen la principal justificación en que se ampara la creación del mecanismo de evaluación de los códigos deontológicos de los Colegios profesionales y Consejos generales que introduce el texto objeto de Dictamen, encomendado a la CNMC”.

De nuevo pues, pero ahora por el CES, se denuncia la insuficiencia de la información y documentación que debía acompañarse a la iniciativa normativa para valorar la misma. Asimismo, y desde el punto de vista procedimental, también critica el CES la utilización en el caso del proyecto de Real Decreto sometido a dictamen del recurso al procedimiento de urgencia, circunstancia tampoco revelada en las primeras consultas públicas, sustentado en la existencia de un procedimiento de infracción en curso por parte de la Comisión Europea.

El dictamen del CES, no obstante valorar positivamente el “esfuerzo de mejora de la transparencia y de difusión de las evaluaciones de proporcionalidad y la inclusión en la base de datos de profesiones reguladas, de carácter público, de aquellas disposiciones legales o reglamentarias que introduzcan requisitos que restrinjan el acceso a una profesión o su ejercicio, tal y como contempla la Disposición Adicional Segunda del Proyecto” introducido por esta previsión, manifiesta una posición crítica alineada perfectamente con las alegaciones previas del Consejo de Médicos en particular en cuanto se refiere a: uno, los Colegios Profesionales carecen de competencias en la regulación de las profesiones limitándose solo a su ordenación; dos, los códigos deontológicos no pueden establecer limitaciones ajenas a los deberes éticos de la praxis profesional; y, tres, el test de proporcionalidad solo es exigible a las “autoridades competentes para la regulación”, cualidad que no tienen los Colegios Profesionales ni los Consejos Generales.

Lo que le hace dudar, y así lo dice explícitamente, acerca de la “idoneidad” de la aplicación al supuesto contemplado en el proyecto; en estos términos: “...suscita algunas dudas al Consejo que, además de la ausencia de la mencionada carta de emplazamiento de la Comisión Europea, tienen su origen en la propia inconcreción en el Real Decreto del concepto de “autoridades competentes para la regulación”, lastrando el contenido de la norma.”; además de juzgar insuficiente la justificación del Ministerio proponente: “No resulta suficiente, por ello, la justificación del Ministerio proponente en el sentido de que “los Consejos Generales y Colegios Profesionales pueden actuar como autoridades regulatorias -sin serlo en ningún caso- a la luz de las previsiones que de hecho redactan

en sus códigos deontológicos”; y sobre todo: “Cabe recordar que ni la Directiva (UE) 2018/958 apunta directamente a la implantación de este tipo de evaluación, ni el texto en vigor del Real Decreto 472/ 2021 hace mención explícita alguna a los Colegios Profesionales o a los códigos deontológicos. En la MAIN se afirma que dicha solución es el camino sugerido por parte de la Comisión Europea en la carta de emplazamiento para concluir con el procedimiento de infracción, afirmación que el CES no se encuentra en disposición de contrastar.”

Como era de suponer, el informe de la autoridad estatal de competencia, la CNMC, a la que se atribuye el informe sobre la evaluación de las propuestas de aprobación o modificación de los Códigos Deontológicos de los Consejos Generales y de los Colegios de ámbito nacional, valora positivamente la reforma propuesta. No obstante lo cual, realiza dos valoraciones elevadas a conclusiones -la primera de las cuales evidencia una contradicción lógica que no se salva-: primera, recuerda que los Colegios Profesionales no deberían ser considerados a priori como “autoridades competentes para la regulación”, lo que no era óbice a que el Dictamen de la Comisión Europea detectara la “potencialidad regulatoria de los códigos deontológicos”, que a juicio de la CNMC podría entenderse como una extralimitación de las competencias de las corporaciones por lo que compartía la necesidad de establecer medidas para evitar efectos indeseados; y segunda, que la función de evaluación de los Colegios debería abarcar también a los códigos deontológicos ya aprobados y no solo como hace el Proyecto a las nuevas propuestas de modificación -lo que entrañaría una aplicación retroactiva de sus disposiciones, que no debería tener mucho recorrido en la elaboración de la disposición-.

En este estadio del procedimiento, y a falta de acceder así a la MAIN del Proyecto como a la Carta de Emplazamiento, lo que presupone la práctica de estos dos trámites es que el mismo va a continuar su decurso y que, finalmente, la suerte y contenido final del proyecto dependerá con bastante probabilidad del pronunciamiento del Consejo de Estado, cuyo informe es preceptivo y no obstante su carácter no vinculante.