

## 4. Administración de Justicia

### TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

*CERTIFICACIÓN de 11 de marzo de 2011, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada, dimanante del recurso contencioso-administrativo 1705/2006-K.*

Don Miguel Sanz Septien, Secretario Judicial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo –Sección Primera– del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada.

Certifico: Que en esta Sala y Sección se tramita recurso contencioso-administrativo, con el núm. 1705/2006-K, seguido a instancia del Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Farmacéuticos contra la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía y como parte codemandada Sociedad Andaluza de Ortesistas y Protesistas, sobre Decreto 132/2006, de 4 de julio, por el que se establecen las condiciones y requisitos de instalación y funcionamiento de las ortopedias.

En dicho procedimiento se dictó Sentencia por esta Sala –Sección Primera, núm. 274/2009– con fecha 2 de marzo de 2009, declarada firme en el día de hoy, cuya fundamentación jurídica y parte dispositiva es del siguiente tenor:

#### «FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Constituye objeto del presente recurso contencioso-administrativo la impugnación por el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, del Decreto 132/2006, de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, por el que se establecen las condiciones y requisitos de instalación y funcionamiento de las ortopedias. Considera la Corporación recurrente que el Decreto impugnado es nulo de pleno derecho, al carecer la Comunidad Autónoma de competencia para dictarlo; también se denuncia por la Asociación lo estipulado en el art. 12.2.c) del Decreto, en cuanto referido a la necesidad para los titulados universitarios en cuanto a la cualificación para el desempeño en estos establecimientos, de acreditar una formación complementaria con la duración que se especifica en el Anexo I de la norma; así como también el contenido de su disposición transitoria primera, en lo relativo a las condiciones impuestas a los Técnicos responsables de los establecimientos de ortopedias autorizados antes de la entrada en vigor del Decreto. Estas cuestiones han sido resueltas por la Sala en sentencia núm. 6/09, en la que se expuso: “Segundo. Con respecto del problema de la falta de competencia de la Comunidad Autónoma para regular la materia de que se trata, argumenta la Asociación recurrente que la Consejería de Salud no ha esperado al proceso previo de armonización y adopción de criterios comunes preconizado por el R.D. 1277/2003, de bases generales para la autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, en cuanto dispuso la competencia de las Comunidades Autónomas para regular los procedimientos para la autorización de la instalación, funcionamiento, modificación o cierre de estos establecimientos en su ámbito territorial, así como para “complementar los requisitos mínimos comunes establecidos por la normativa básica”. En relación al tema el art. 150.3 de la C.E. expresa que “el Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a las competencias de éstas, cuando así lo exija el interés general”; tratándose de una norma de cierre del sistema de distribución de competencias, aplicable tanto en el ámbito de las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, como en el de las competencias compartidas, cuando se advierta que

el sistema de distribución de competencias es insuficiente para evitar que la diversidad de disposiciones normativas de las CC.AA. produzca una desarmonía contraria al interés general de la Nación. La anterior disgresión, en el presente caso, lleva a la Sala a no entender que con la promulgación del Decreto impugnado se haya venido a infringir la normativa básica de aplicación; y es que sin perjuicio de considerar en términos generales que en materia de desarrollo de las propias competencias, la relación entre los diferentes entes legislativos se rige por el principio de competencia antes que por el de jerarquía, es lo cierto que la reglamentación del caso está fundada en los dictados de la Ley de Salud Andaluza 2/98, de 15 de junio, en cuanto que en su art. 19.4 faculta a la Administración Sanitaria de la Junta para establecer las normas y criterios por los que han de regirse los centros, servicios y establecimientos sanitarios de la Comunidad, tanto públicos como privados, así como para la calificación, acreditación, homologación y registro de los mismos, y, como competencia naturalmente derivada, la de regular el requisito de que tales centros cuenten con los medios técnicos, instalaciones y profesionales a “mínimos” necesarios para el desarrollo de sus actividades; sin que la simple eventualidad de que pueda producirse una desarmonía o discordancia de futuro, sin concreción o determinación alguna, haya de bastar para poner freno a la capacidad del respectivo ente legislativo en el desarrollo de las específicas competencias que le están atribuidas. Tercero. En cuanto a la impugnación de lo dispuesto en el apartado 2.c) del art. 12 de la norma, la Asociación reprocha que se exija a los titulados universitarios de carácter sanitario, para poder desempeñar las funciones propias en la venta directa al público de productos que requieran una adaptación individualizada, una enseñanza complementaria con la duración establecida en el Anexo I del Decreto –1.365 horas–; ello supone –explica– una modificación de lo dispuesto en el R.D. 414/1996, de regulación de los Productos Sanitarios. En relación a la cuestión cabe reseñar que el R.D. 437/2002, de 10 de mayo, de establecimiento de los criterios para la concesión de licencias de funcionamiento a los fabricantes de productos sanitarios a medida, vino a disponer los criterios a seguir con el fin de valorar la cualificación del responsable técnico en la fabricación de productos de ortopedia a medida, prescribiendo (art. 3.3.31.a) “... bien la posesión de una titulación universitaria específica relacionada con la actividad o bien la posesión de una titulación universitaria de carácter sanitario o relacionada con la tecnología de fabricación de los productos complementada con una formación especializada de un mínimo de 200 horas en materias como fisiología, anatomía, patología y biomecánica del aparato locomotor, materiales utilizados en ortopedia... productos de ortopedia...”. Por su parte, el art. 18 del R.D. 414/96, de 1 de marzo, de regulación de los Productos Sanitarios, vino a prescribir que “los establecimientos que realicen la venta directa al público de productos que requieran de una adaptación individualizada deberán contar con el equipamiento necesario para realizar la adaptación y disponer de un profesional cuya titulación acredite una cualificación adecuada a tales funciones. En correlación a ello, el R.D. 2727/1998, de modificación del R.D. 414/96, referido, vino a prescribir en su disposición adicional décima que “... a reserva de lo que en su caso establezca la legislación sobre profesiones tituladas, las actividades de fabricación a medida de productos ortopédicos deberán realizarse bajo la supervisión de un técnico responsable titulado, cuya titulación acredite una cualificación adecuada para estas funciones, pudiendo realizarse dichas actividades, en defecto de dicho profesional, bajo la supervisión de un profesional en activo que cuente con una experiencia de al menos

tres años; y viniendo a agregarse en la propia disposición que "... en defecto del profesional titulado a que se refiera el art. 18, las actividades de venta con adaptación individualizada de productos ortopédicos... podrá llevarse a cabo bajo la supervisión de un profesional en activo que cuente con una experiencia de al menos tres años...". Para establecerse, en fin, en la disposición adicional única de esta última norma que "el presente R.D. tiene la condición de norma básica de sanidad conforme a lo establecido en el art. 149.1.16.a) de la C.E., dictándose al amparo de lo previsto en el art. 40.6 de la Ley 14/1986, General de Sanidad. Cuarto. Pues bien, a la vista de la regulación legal así relacionada, la Sala ha de decidir la nulidad del precepto legal de que se trata, al no mostrarse razonable ni equilibrada la exigencia de esa formación complementaria de 1.365 horas preconizada en el artículo, que no se ajusta ni al dictamen del art. 18 del R.D. 414/96, de origen, que sólo contempla la "... necesidad de disponer de un profesional cuya titulación acredite una cualificación adecuada a tales funciones", sin otra especificación, ni a la preceptiva del R.D. 2727/98, antes aludido, que, a falta del titulado de última referencia, aboga por la actuación de "... un profesional que cuente con una experiencia de al menos tres años..."; y tanto más, cuando en este último texto no se contempla una mayor exigencia para aquel otro capítulo –al menos de idéntica importancia– de la fabricación de los productos de referencia que, como quedó expuesto, requieren sólo "... de la tenencia de una titulación universitaria de carácter sanitario complementada con una formación específica de un mínimo de 200 horas..." Quinto. Por otra parte, la recurrente impugna también el contenido de la disposición transitoria primera del Decreto, en cuanto establece que "a los Técnicos responsables de los establecimientos de ortopedia autorizados antes de la entrada en vigor del presente Decreto, no les serán exigibles los requisitos de formación establecidos en el art. 12 del presente Decreto, siempre que permanezcan como responsables del mismo establecimiento y éste no modifique la cartera de servicios autorizada, si acreditan poseer una titulación universitaria de carácter sanitario o relacionada con la tecnología de fabricación de los productos, complementadas ambas con una formación especializada de un mínimo de 200 horas en las materias a las que se refiere el art. 3.3.31.a) del R.D. 437/02, de 10 de mayo, por el que se establecen los criterios para la concesión de licencias de funcionamiento de los fabricantes de productos sanitarios a medida". La Asociación explica que el precepto referido condiciona y limita la libertad de creación de empresa, así como el ejercicio de la profesión, infringiéndose el principio de irretroactividad de las normas al prohibirse cualquier movimiento referido a ubicación y servicios. Ello así, es preciso resaltar el dato de que en realidad mediante el mandato contenido de la disposición transitoria primera de que se trata, se viene a hacer referencia directa a aquellos técnicos responsables de establecimientos autorizados con anterioridad que reuniendo el requisito de titulación básica de la norma, no gocen, sin embargo, del requisito de la formación singular del apartado 2.c) del art. 12 de la misma; ahora bien, si se tiene en cuenta la nulidad decretada de tal apartado, deviene obligado y consecuente acordar también la nulidad de la disposición denostada, a la espera de lo que se haya de decidir por el órgano respectivo", lo que es extensivo al Anexo I de la norma ya que anulado el apartado c) del núm. 2 del artículo 12 en cuanto a la formación complementaria en su totalidad, la nulidad será extensiva al Anexo Primero que parcela la complementariedad.

Segundo. A tenor del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, y no apreciándose la concurrencia de circunstancias concretas de especial relieve, no ha lugar a expresa declaración sobre costas. Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

## FALLO

Estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora doña María José Sánchez Estévez, en nombre y representación del Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, contra el Decreto 132/2006, de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, de establecimiento de las condiciones y requisitos de instalación y función de las ortopedias; para decretar la nulidad en el aspecto que se recoge en los fundamentos de derecho de esta sentencia del art. 12.2.c) de la norma y Anexo II; así como de la disposición transitoria primera de la misma; sin costas. Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de este. Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, con las demás prevenciones del art. 248.41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.»

Y para que conste, en cumplimiento de lo establecido en el art. 72.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que ordena la publicación del Fallo en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía en que lo hubiera sido la disposición anulada, extendiendo la presente en Granada, 11 de marzo de 2011.

*CERTIFICACIÓN de 11 de marzo de 2011, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada, dimanante de recurso contencioso-administrativo 1770/2006-K.*

Don Miguel Sanz Septien, Secretario Judicial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo –Sección Primera– del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada.

Certifico: Que en esta Sala y Sección se tramita recurso contencioso-administrativo, con el núm. 1770/2006-K, seguido a instancia de Carmen Agraz Fernández, Marta María Bravo Márquez, María Beatriz Cobos Ortiz, María Dolores García García, Concepción María Valdivia Ortiz, María Teresa Martínez Aguilar, José Caballero Gea, María Macarena Onieva Alcalá, María Manuela Márquez Hidalgo, María Rosario Font Galán, Francisco Javier Bonilla Vilela, José Pérez Oliva, Andrés Cejas Hidalgo, Francisco Martínez Muñoz, Pablo Quesada Caracuel, Francisco José Moreno Cabrera y Antonio José García Ramos contra la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, sobre Decreto 132/2006, de 4 de julio, que establece las condiciones y requisitos de instalación y funcionamiento de ortopedias.

En dicho procedimiento se dictó Sentencia por esta Sala –Sección Primera, núm. 339/2009–, con fecha 9 de marzo de 2009, declarada firme en el día de hoy, cuya fundamentación jurídica y parte dispositiva es del siguiente tenor:

### «FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Constituye el objeto del presente recurso contencioso-administrativo la impugnación por los actores, titulados especializados en ortopedia para Farmacéuticos, así como titulares, algunos, de establecimientos de ortopedia, del Decreto 132/2006, de 4 de julio, o, para que se declare la nulidad del mismo o subsidiariamente se declare la nulidad de los artículos 12.2 y 3 y el Anexo I, disposición adicional segunda, disposición transitoria primera, disposición transitoria segunda y disposición transitoria tercera, de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, por el que se establecen las condiciones y requisitos de instalación y funcionamiento de las ortopedias.