

Id Cendoj: 28079130042009100586
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 4
Nº de Recurso: 957/2008
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: CELSA PICO LORENZO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DECRETO 174/01 REGULADOR DEL CONSEJO GOBIERNO JUNTA DE ANDALUCÍA. CONSEJO ANDALUZ DE SALUD. AUDIENCIA A COLECTIVOS RELACIONADOS CON LA SALUD. INFRACCIÓN TRÁMITE AUDIENCIA. COLEGIO ÓPTICOS.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Diciembre de dos mil nueve

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 957/08, interpuesto por el Letrado de la Junta de Andalucía en nombre y representación de la Junta de Andalucía, contra la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, en el recurso núm. 3803/01, interpuesto por el Colegio Nacional de Ópticos-Optometristas contra el *Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía núm. 174/01, de 24 de julio*, por el que se establecen las normas reguladoras del Consejo Andaluz de Salud, en base a que en el trámite de audiencia, iniciado por la Secretaría General Técnica, en 13 de noviembre de 2000, concediendo un plazo de quince días a ciertas entidades y en 8 de enero de 2001, la misma Secretaría General Técnica, certificó las entidades que no habían formulado observaciones, en ningún momento de la tramitación fue concedido trámite de audiencia al Colegio Nacional de Ópticos-Optometristas. Ha sido parte recurrida el Colegio Nacional de Ópticos-Optometristas representado por el Procurador de los Tribunales D. Federico José Olivares de Santiago.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo 3803/01 seguido ante la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se dictó sentencia, con fecha 10 de diciembre de 2007, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Doña María José García Anguiano, en nombre y representación del COLEGIO NACIONAL DE ÓPTICOS-OPTOMETRISTAS, contra el *Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía núm. 174/01, de 24 de julio*, por el que se establecen las normas reguladoras del Consejo Andaluz de Salud, declarando nulo por no ser conforme a derecho el *Decreto impugnado 174/01 y su artículo 4*; sin expresa condena en costas".

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por el Letrado de la Junta de Andalucía se prepara recurso de casación y, teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- Dicha representación procesal, por escrito presentado el 23 de junio de 2008 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- La representación procesal del Colegio Nacional de Ópticos-Optometristas formaliza, con fecha 15 de enero de 2009 escrito de oposición al recurso de casación interesando la desestimación de éste con costas.

QUINTO.- Por providencia de 22 de octubre de 2009 se señaló para votación y fallo el día 2 de diciembre de 2009, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. **Celsa Pico Lorenzo** , Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Letrado de la Junta de Andalucía en nombre y representación de la Junta de Andalucía interpone recurso de casación 957/2008 contra la sentencia estimatoria de fecha 10 de diciembre de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, en el recurso núm. 3803/01, interpuesto por el Colegio Nacional de Ópticos-Optometristas contra el *Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía núm. 174/01, de 24 de julio* , por el que se establecen las normas reguladoras del Consejo Andaluz de Salud, que es declarado nulo en su totalidad así como su *art. 4* en concreto.

Refleja la sentencia en su fundamento PRIMERO que la pretensión de nulidad del *Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía 174/2001 , de 24 de julio* se sustenta en base a que en el trámite de audiencia, iniciado por la Secretaría General Técnica, en 13 de noviembre de 2000 , concediendo un plazo de quince días a ciertas entidades y en 8 de enero de 2001, la Secretaría General Técnica, certificó las entidades que no habían formulado observaciones y en ningún momento de la tramitación fue concedido trámite de audiencia al Colegio Nacional de Ópticos-Optometristas.

Añade también que se interesa la nulidad del *art. 4* por infracción del *art. 12 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía* en cuanto que reconoce como miembros vocales del Consejo Andaluz de Salud a ocho miembros pertenecientes a los distintos Colegios profesionales de Médicos, de Diplomados en Enfermería, Farmacéuticos, Veterinarios, Odontólogos, quedando excluido el de Ópticos-Optometristas, lo que constituye infracción del derecho a la igualdad y no discriminación consagrado en el *artículo 14* de la Constitución.

En el SEGUNDO consigna la oposición de la administración autónoma andaluza dedicando el TERCERO a analizar el cumplimiento o no del trámite de audiencia regulado en el *art. 24.1. c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno* . Subraya que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado necesaria aquella respecto de las entidades que *"por ley ostenten la representación o defensa de carácter general o corporativo, entidades de afiliación obligatoria, como es el caso, Colegio de Ópticos-Optometristas, de afiliación obligatoria para ejercer la profesión de óptico (artículo 36 de la C.E . y Ley 2/74, de 15 de febrero de Colegios Profesionales , modificada por Real Decreto Ley 6/2.000, de 23 de junio)* . Colegio Nacional de Ópticos creado por Decreto 356/1.964, de 12 de febrero, que en su artículo 2 , establece que para ejercer legalmente la profesión de Óptico, regulada en el Decreto 1.387/61, de 20 de junio , es imprescindible estar colegiado en la corporación profesional.

En el expediente administrativo no existe constancia de comunicación alguna a la Corporación profesional actora, que no pudo tener conocimiento pleno del Decreto hasta su publicación, sin que esta participación directa pueda ser sustituida por un conocimiento o interés extraoficial y extra procedimental de su tramitación y contenido".

Por ello, declara la nulidad de pleno derecho de la disposición impugnada.

Tras ello en el CUARTO enjuicia el *apartado cuarto del Decreto que procede a declarar nulo lo que reitera en el QUINTO* .

SEGUNDO.- 1. Interesa la administración autonómica que se revoque la sentencia que declara nulo en su totalidad el *Decreto 174/2001 en base a un motivo articulado al amparo del art. 88.1 .d) LJCA* por infracción del *art. 24.1. c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno* .

Alega que de la demanda y de la sentencia se colige que la recurrida tuvo conocimiento de la tramitación del Decreto por lo que pudo hacer alegaciones sin que quepa una interpretación tan rigorista como la mantenida por la sentencia de instancia.

Invoca el contenido de la STS de 9 de junio de 2002 recurso de casación 4949/2001 respecto al carácter organizativo del Decreto por lo que no afecta a las competencias profesionales de la parte recurrida. Asimismo esgrime la STS de 17 de noviembre de 2003 respecto a que no resulta ineludible la intervención colegial.

1.1. Rechaza el motivo la parte recurrida. Aduce en primer lugar que la recurrente acepta el fallo en cuanto a la declaración de nulidad de la totalidad del *Decreto 174/2001 mas nada dice respecto a la declarada nulidad del art. 4* de la misma norma.

Objeta la recurrida el aserto de la recurrente acerca de que hubiere tenido conocimiento de la tramitación del Decreto por lo que alega debe estarse a lo declarado por la Sala de instancia respecto al incumplimiento del trámite de audiencia respecto una entidad de afiliación obligatoria.

TERCERO .- Hemos de partir del hecho incontrovertido declarado por la sentencia de instancia acerca de que en ningún momento del procedimiento le fue concedido trámite de audiencia al Colegio Nacional de Ópticos-Optometristas Tal claro aserto es combatido por la administración recurrente que sostiene que la sentencia afirma tuvo conocimiento de la tramitación del Decreto. Sin embargo dicha manifestación no se ajusta ni al contenido de la sentencia ni menos aún a lo certificado por la Secretaria General Técnica.

Se trata, por tanto de dilucidar si resultaba aplicable el *art. 24.1.c) de la Ley 50/1997* , tal cual ha declarado la Sala de instancia o, por el contrario, no lo era como pretende la administración recurrente a la que se imputa la omisión de tal esencial trámite.

Constituye doctrina reiterada de esta Sala (por todas las Sentencia de 6 de octubre de 2005, recurso contencioso administrativo 31/2003, con cita de otras anteriores y la de 6 de noviembre de 2007, recurso de casación 4269/2004) sostener que tras la Constitución, *art. 105 a) CE* , el trámite de audiencia esta consagrado como una de las garantías básicas en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que afecten a los ciudadanos a través de las organizaciones reconocidas por la Ley.

Es, por tanto, un requisito esencial para la validez del resultado del procedimiento que tiene por objeto no solo que los interesados hagan valer la defensa de los derechos e intereses que corresponda sino también facilitar el acierto en la elaboración de la disposición que concierna a la vista de las propuestas de modificación del texto inicialmente propuesto. El incumplimiento de tal obligatoriedad acarrea la nulidad de la disposición en cuestión.

Audiencia cuyo significado comporta que las organizaciones representativas, a que se refiere el *art. 105 CE* , sean escuchadas en el correspondiente trámite de alegaciones mas, como reiteradamente declara la jurisprudencia, en modo alguno significa que los citados alegatos o sugerencias deban ser asumidos en todo o en parte.

El citado derecho fue reconocido tempranamente como de aplicación directa por el máximo interprete constitucional (STC 18/1981, de 8 de junio) aunque en el caso de colectivos profesionales que se integren en Colegios Oficiales constituidos legalmente para velar por sus intereses profesionales o económicos resultaba patente ya desde la *Ley de Colegios profesionales 2/1974, de 13 de febrero* .

Es asimismo constante la jurisprudencia declarando que no han de ser oídas cuantas asociaciones se constituyan, sino las asociaciones o colegios profesionales que no sean de carácter voluntario y representen intereses de carácter general o corporativo, por cuanto la preceptividad de la audiencia excluye las asociaciones de carácter voluntario. Pero asimismo se ha sostenido que nada impide que dicha audiencia pueda ser llevada a cabo, si este procedimiento aparece como adecuado en función de las circunstancias, recabando el informe de una entidad de afiliación voluntaria que agrupe a los afectados.

Cabe concluir que no es preciso que la Administración otorgue el trámite de audiencia a todas las asociaciones empresariales que puedan estar interesadas en el contenido de la disposición mas sí a las que representan los intereses afectados.

Y como afirma la sentencia de instancia no consta se otorgara audiencia a la entidad representante de los ópticos- optometristas. La audiencia concedida a otros Colegios Profesionales no sana el trámite al no evidenciarse que aquellos representen los específicos derechos de la corporación demandante en instancia.

Debe examinarse también si la índole de la disposición aconseja o no la prosecución del trámite de audiencia ya que es preciso afecte directa y sustancialmente a la organización solicitante del trámite. Así cuando la disposición organizativa es interna no afectando al ejercicio de la profesión colegiada no es preciso el citado trámite.

No resulta extrapolable al supuesto de autos la doctrina contenida en la STS de 10 de marzo de 2003, recurso contencioso administrativo 469/2001 , referida a la pretensión de una asociación empresarial de ser oída cuando ya lo fue el Colegio Nacional que representaba la actividad, ni la STS de 25 de junio de 2003, recurso contencioso administrativo 456/2000 , relativa a una entidad constituida voluntariamente al amparo de las leyes de libertad sindical pues fueron consultados corporaciones profesionales, sindicatos, confederaciones y Consejo de Consumidores y Usuarios, ni la STS de 19 de junio de 2000, recurso contencioso administrativo 90/1999 relativa a modificaciones en la elaboración de una disposición de carácter general con posterioridad al dictamen del Consejo de Estado.

Tampoco es aplicable la esgrimida STS de 17 de noviembre de 2003, recurso de casación 5807/2000 relativa a la potestad de autoorganización del servicio o en el marco de la relación estatutaria de los médicos ni la ulterior STS de 9 de junio de 2004, recurso de casación 4949/2001 en que se trataba de una disposición organizativa interna que no rebasa el ámbito de organización administrativa que incida directa y sustancialmente en los intereses corporativos representados por la organización recurrente en instancia (Colegio de Médicos).

No prospera el motivo.

QUINTO.- Procede hacer expresa imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el *art. 139.3 LJCA* y teniendo en cuenta la entidad del proceso y la dificultad del mismo, señala en 3.000 euros la cifra máxima por honorarios del Letrado de la entidad recurrida, sin perjuicio de la posible reclamación, en su caso, del cliente de la cantidad que se estime procedente.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación deducido por la representación procesal de la Junta de Andalucía contra la sentencia estimatoria de fecha 10 de diciembre de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, en el recurso núm. 3803/01, interpuesto por el Colegio Nacional de Ópticos- Optometristas contra el *Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía núm. 174/01, de 24 de julio* , por el que se establecen las normas reguladoras del Consejo Andaluz de Salud, que es declarado nulo en su totalidad así como su *art. 4* la cual se confirma con expresa imposición de costas en los términos reflejados en el último fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la Secretaria, certifico.