

Letrado : MIRO FRUNS, JORDI
Tribunal : CONTENCIOSO SEC. 2ª
Autos : Rollo: 178/07-
Cliente : MUR AUQUE, DANIEL
Contrario: GENERALITAT DE CATALUNYA
N/Ref. : 80.104
Observ:



**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA. BARCELONA**

Recurso ordinario (Ley 1998) nº 178/2007

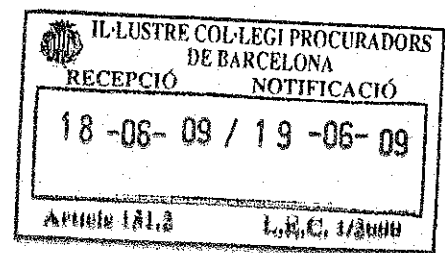
Partes: MARIA TERESA FUERTES ARMENGOL, MONTSERRAT MEIX FALCO, ALBERT GARCÍA JANERAS, ISHAR DALMAU SANTAMARÍA, ANTONIO MÓNACO ROSICH, FERNANDO EMBUN CALVO, JAUME GASCÓN CASTELLÓ, DANIEL MUR AUQUE, JOSEP GABRIEL ANDRÉS ORTUÑO, ISABEL GIRALS SAMPEDRO, MARIA TERESA GÓNZALEZ GARCÍA, MARIA CARMEN LISBONA ROQUER, PILAR PEÑA GARCÍA, JOSSEFA HIDALGO SARÉS, MARGARITA MARÍA DEL LEGORBURU BELLA, ISABEL FERRER AÑEL, MARTA LÓPEZ ANTIC, ROSA BOSCH TUBERT Y MONTSERRAT TORNER RIBE

C/DEPARTAMENT DE SALUT, FEDERACIÓ D'ASSOCIACIONS DE PROFESSIONALS DE TERAPIES NATURALS DE CATALUNYA Y COLLEGI OFICIAL DE PSICÒLEGS DE CATALUNYA

SENTENCIA N° 533

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Emilio Berlanga Ribelles





Doña Núria Clèries Nerín

Doña M^a Pilar Rovira del Canto

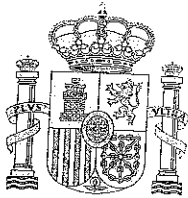
Don Javier Aguayo Mejía

Doña M^a Mercedes Delgado López

En la ciudad de Barcelona, a doce de junio de dos mil nueve.

VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA (SECCION SEGUNDA), constituida para la resolución de este recurso, ha pronunciado en el nombre del Rey, la siguientes sentencia en el recurso contencioso-administrativo n^o 178/2007, interpuesto por MARIA TERESA FUERTES ARMENGOL, MONTSERRAT MEIX FALCO, ALBERT GARCÍA JANERAS, ISHAR DALMAU SANTAMARÍA, ANTONIO MÓNACO ROSICH, FERNANDO EMBUN CALVO, JAUME GASCÓN CASTELLÓ, DANIEL MUR AUQUE, JOSEP GABRIEL ANDRÉS ORTUÑO, ISABEL GIRALS SAMPEDRO, MARIA TERESA GÓNZALEZ GARCÍA, MARIA CARMEN LISBONA ROQUER, PILAR PEÑA GARCÍA, JOSSEFA HIDALGO SARÉS, MARGARITA MARÍA DEL LEGORBURU BELLA, ISABEL FERRER AÑEL, MARTA LÓPEZ ANTIC, ROSA BOSCH TUBERT Y MONTSERRAT TORNER RIBE, representados por el Procurador de los Tribunales IVO RANERA CAHIS y asistidos de Letrado, contra DEPARTAMENT DE SALUT, representado y defendido por el LLETTRAT DE LA GENERALITAT, siendo codemandados el COL.LEGI DE PSICÓLEGS DE CATALUNYA, representado por el Procurador de los Tribunales JESÚS MILLÁN LLEOPART, y la FEDERACIÓ D'ASSOCIACIONS DE PROFESSIONALS TERAPIES NATURALS DE CATALUNYA, representado por el Procurador de los Tribunales ALFREDO MARTÍNEZ SÁNCHEZ, y defendidos por sus respectivos Letrados.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a MARIA PILAR ROVIRA DEL CANTO, quien expresa el parecer de la SALA.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra Decreto 31/2007, de 30 de enero de 2007, por el que se regulan las condiciones para el ejercicio de determinadas terapias naturales.

SEGUNDO.- Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación; en cuyos escritos respectivos en virtud de los hechos y fundamentos de derechos que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

TERCERO.- Se continuó el proceso por el trámite de conclusiones sucintas que evacuaron las partes a tenor de los escritos que obran en autos y, finalmente se señaló día y hora para votación y fallo que tuvo lugar el 26 de mayo de 2009.

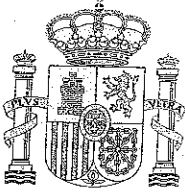
CUARTO.- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso el Decret 31/2007, de 30 de enero, de la Generalitat de Catalunya, publicado en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya num. 4812 de 1 de febrero de 2007, por el que se regulan las condiciones para el ejercicio de determinadas terapias naturales.

Tal disposición general la impugnan en el presente recurso quince particulares, médicos de la sección de acupuntura del Colegio oficial de Médicos de Barcelona.

La demanda solicita la nulidad del Decret, y tal pretensión se fundamenta, en síntesis, en los siguientes motivos:



- infracción del artículo 149.1.30 de la Constitución, ya que el decret está creando una nueva profesión, la de los prácticos en terapias naturales, y establece un título o acreditación para su ejercicio profesional, careciendo la Generalitat de Catalunya de competencia para regular las condiciones para la obtención y expedición de títulos profesionales.
- infracción del art. 36 de la Constitución, por ser materia reservada a una norma con rango de Ley, no pudiendo regularse por vía reglamentaria
- vulneración de la Ley de ordenación de las profesiones sanitarias, al atribuir a los prácticos en terapias naturales competencia para actuaciones que corresponden a los licenciados en medicina
- infracción del art. 71 de la Llei 15/1990, de ordenación sanitaria de Catalunya, al atribuir al Institut d'Estudis de la Salut funciones que no se corresponden con las que le atribuye dicha Llei
- infracción de la Ley del Medicamento

La representación de la administración demandada plantea como causa de inadmisibilidad la falta de legitimación, cuestión que por evidentes razones procesales debemos abordar de forma previa.

Afirmado que los recurrentes son todos ellos médicos que practican la acupuntura, extremo que no ha discutido la demandada, la legitimación resulta más que evidente, pues el Decret está regulando una materia, incardinada dentro de la sanidad en cualquiera de sus acepciones, que incide por tanto de forma directa en la actividad profesional de los recurrentes, pro lo que la causa de inadmisibilidad debe ser desestimada.

SEGUNDO.- En relación con el fondo del asunto, en impugnación contra esta misma disposición general, esta Sala y sección ha dictado la sentencia número 505/2009, de 4 de junio, en la que se dice lo siguiente:

“No es lo discutido entre el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos y la Administración de la Generalitat de Catalunya que la finalidad del Decret 31/2007 es la de la protección de la salud de las personas, que se reconoce en el artículo 43 de la Constitución.



Como que es el título competencial concernido el de sanidad, del que el Estado tiene competencia para el establecimiento de las “bases y coordinación general de la sanidad”, y la Comunidad Autónoma de Catalunya la competencia compartida sobre la “ordenación, la planificación, la determinación, la regulación y la ejecución de las medidas y las actuaciones destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos” (artículo 149.1.16ª CE y artículo 162.3,b EAC, respectivamente).

Conforme este marco de distribución competencial, el artículo 111 EAC establece que “En las materias que el Estatuto atribuye a la Generalitat de forma compartida con el Estado, corresponden a la Generalitat la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto. En el ejercicio de estas competencias, la Generalitat puede establecer políticas propias. El Parlamento debe desarrollar y concretar a través de una ley aquellas previsiones básicas.”.

2. La legislación básica del Estado en materia de sanidad está fundamentalmente, y en lo que nos ocupa, recogida en i) la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; ii) la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, y; iii) el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las Bases Generales sobre Autorización de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios; tal como viene explícitamente respectivamente declarado en el artículo 2, Disposición Final 1ª y Disposición Final 1ª de dichas normas.

Como que la regulación de las terapias naturales mediante el Decret impugnado se sustenta en la habilitación que establece el artículo 24 de la Ley General de Sanidad, por el que “Las actividades públicas y privadas que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud, serán sometidas por los órganos competentes a limitaciones preventivas de carácter administrativo, de acuerdo con la normativa básica del Estado.”. Esto es, que el ámbito de la ordenación que emprende el Decret consiste en una actividad privada no sanitaria pero cuyo ejercicio puede tener incidencia negativa en la salud, de manera que en defecto de ninguna normativa estatal

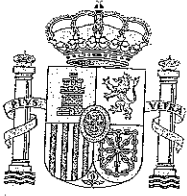


que establezca las bases de la actividad de las terapias no convencionales, no habría de impedir el ejercicio de la potestad normativa de la Generalitat, deduciendo el mínimo normativo que ha de ser igual para todo el Estado de las normas que integran el bloque normativo de la constitucionalidad en el ámbito de la salud pública.

1. En este ámbito, en el que el Estado tiene la competencia para el establecimiento de las Bases y la Comunidad Autónoma la potestad normativa en el marco de aquéllas, no es ocioso recordar que cuando la Constitución utiliza el termino bases está comprendiendo funciones normativas que aseguren un conjunto uniforme, unas reglas a partir de las cuales las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias en la materia puedan ejercerlas (STC 235/99), como que si bien, ciertamente, desde la STC 32/1981 constituye doctrina constitucional la que refiere que no existe una relación necesariamente cronológica entre la legislación básica estatal y la legislación de desarrollo autonómico, pues es inherente al pleno y efectivo ejercicio de las competencia autonómica que, en defecto del establecimiento de aquel tratamiento uniforme competencia estatal, puedan las Comunidades Autónomas inferir o deducir aquellos criterios básicos, de la legislación preconstitucional en ese momento vigente.

Así, la STC 32/1981 citada declara que "la noción de bases o normas básicas ha de ser entendida como una noción material y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente", sea ésta "anterior o posterior a la Constitución".

Si bien, más específicamente en lo que se refiere a la posibilidad de inferir las bases de una legislación preconstitucional cuando el Estado ha dictado una legislación con vocación agotadora o exhaustiva de las bases en aquella materia, es igualmente doctrina del Tribunal Constitucional la que declara que: "La noción formal de bases elaborada por la doctrina de este Tribunal Constitucional y la finalidad con ella perseguida de dotar de una determinación cierta y estable a los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas mal se compadecen con la posibilidad de poder seguir infiriendo bases de las normas legales preconstitucionales cuando el legislador estatal constitucional ha procedido en el ejercicio de la competencia constitucionalmente atribuida a establecer de manera



aparentemente completa e innovadora las bases sobre una determinada materia, a menos que declare expresamente la pretendida naturaleza básica de esas normas legales preconstitucionales o dicha naturaleza resulte, sin lugar a dudas, de ser éstas un complemento indispensable de las normas básicas postconstitucionales por deducirse de su propia estructura que no han pretendido agotar la regulación de todos los aspectos de la materia" (fº jº 9º STC 37/2002).

2. La afirmación de la competencia propia que efectúa el Govern de la Generalitat, y que es sustancialmente es lo en qué consiste el escrito de contestación de l'Advocat de la Generalitat de Catalunya, se justifica en la ausencia de legislación básica del Estado sobre la concreta materia de la terapia no convencional, mas sin que sea fácil advertir cuál sea el cuerpo legislativo que ofrezca la uniformidad en que se justifica el ejercicio de la competencia normativa de desarrollo por la Generalitat de Catalunya, que tras afirmar la existencia de aquel vacío en la legislación básica estatal, no identifica la legislación preconstitucional vigente de cuyo contenido se haya inferido las bases que permitan el desarrollo normativo de la terapia no convencional mediante el Decret ahora impugnado.

Como, en especial, tampoco aporta ningún argumento de la razón por la que, pese la existencia de un nutrido cuerpo de legislación básica con la aparente vocación de establecer de manera completa, estructurada y acabada el tratamiento uniforme que puedan acometer las Comunidades Autónomas que hayan asumido la competencia de desarrollo de la ordenación sanitaria, pueda sin embargo seguir acudiendo a la técnica de integración de las bases conforme su noción material, cuyo sentido y finalidad era procurar la efectividad de la competencia autonómica en los momentos iniciales del desarrollo del Estado de las Autonomías, pero difícilmente compaginable en el presente estado de la situación.

Por el contrario, entiende el Tribunal que tras la promulgación del cuerpo normativo antes citado que constituye la legislación básica en materia sanitaria, dictado con aparente intención agotadora y estable del establecimiento del conjunto normativo a partir del que las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias de desarrollo en materia de sanidad puedan ejercitar su competencia, ha finalizado en lo que nos ocupa la posibilidad de seguir deduciendo el contenido



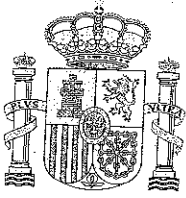
sustantivo de lo que sea básico de la legislación preconstitucional que -en su caso- fuera vigente.

Procede de esta manera el examen de la concordancia o compatibilidad del Decreto regulador de las terapias no convencionales con la legislación básica del Estado, a lo que responden los siguientes fundamentos.

1. El Decret se motiva en "la existencia de diversas maneras de entender la persona, el diagnóstico, la enfermedad y el tratamiento, relacionadas con la tradición de las distintas culturas", como que "estas concepciones diversas -dice- se encuentran tanto en la medicina oficial, convencional o alopática, como en el resto de los criterios llamados no convencionales, complementarios, alternativos, naturales u holísticos. Cada uno de estos criterios utiliza remedios o técnicas diferentes. Los criterios en que se basan las terapias naturales parte de una base filosófica diferente a la que soporta la medicina convencional o alopática y aplican procesos de diagnóstico y terapéuticos propios."

Asimismo, también refiere la Exposición de Motivos del Decret que "Mediante este Decreto el Departamento de Salud inicia un proceso de reconocimiento de la utilización de otras terapias diferentes a las de la medicina convencional o alopática con la seguridad que la sinergia de ambas producirá una mejora del bienestar de las personas".

Tal como anticipa la Exposición de Motivos el contenido del Decret aborda la regulación de determinadas terapias, las que se definen de forma agrupada de la siguiente manera "a) Criterio naturista: la atención a las personas de manera integral, con el objetivo de ayudar a equilibrar, restaurar y armonizar su salud, en las vertientes preventiva, conservadora o terapéutica, utilizando criterios que aplican estímulos o agentes naturales que actúan en el mismo sentido que lo haría la naturaleza de la persona, para potenciar su capacidad regeneradora y curativa. Se consideran incluidas en esta definición las terapias siguientes: la naturopatía y la naturopatía con criterio homeopático según las competencias y limitaciones que señalen las guías de evaluación de las competencias reguladas en el art. 19 de este Decreto. b) Acupuntura y terapia tradicional china: la aplicación de un método terapéutico, a partir de un diagnóstico



diferencial según los parámetros de la medicina oriental, que ofrecen soluciones a problemas de salud teniendo en cuenta los aspectos físicos, psíquicos, energéticos, espirituales y sociales de la persona, como un todo unitario que tiene que estar en armonía, según unas leyes naturales. Se consideran incluidas en esta definición la acupuntura y la terapia tradicional china según las competencias y limitaciones que señalen las guías de evaluación de las competencias reguladas en el art. 19 de este Decreto. c) Terapias manuales y técnicas manuales: a) Son terapias manuales todas aquellas disciplinas que usan las manos para ayudar a restaurar la salud de las personas y mejorar su nivel de bienestar. Se consideran incluidas en esta definición las terapias siguientes: la kinesiología, la osteopatía, y el shiatsu. b) Son técnicas manuales aquellas que usan las manos para ayudar a mantener y conservar la salud y no para el tratamiento de procesos patológicos. Se consideran incluidas en esta definición las técnicas siguientes: la reflexología podal, la espinología, el drenaje linfático, el quiromasaje, la diafreoterapia y la liberación holística de estrés con técnicas de kinesiología según las competencias y limitaciones que señalen las guías de evaluación de las competencias reguladas en el art. 19 de este Decreto.”.

A su vez, como consecuencia de la anterior definición de las actividades de terapia objeto de regulación, igualmente se definen los profesionales y los establecimientos de terapias de la siguiente manera: “2.2 A los efectos de este Decreto, un establecimiento de práctica de terapias naturales es el conjunto organizado de medios técnicos e instalaciones en el cual una o varias personas que no ostentan una licenciatura o una diplomatura sanitaria ejercen una o más de una de las terapias naturales con sujeción a los requisitos de acreditación establecidos en la sección 3ª del capítulo II de este Decreto o a los requisitos de reconocimiento profesional y de acreditación establecidos en las disposiciones transitorias primera a tercera de este Decreto. 2.3 A los efectos de este Decreto, un práctico en terapias naturales es aquella persona que no disponiendo de titulación oficial o habilitación profesional para el ejercicio de las profesiones sanitarias tituladas está facultada, de acuerdo con los procedimientos de acreditación y de reconocimiento profesional de este Decreto, para aplicar alguna o algunas de las terapias naturales incluidas en el ámbito de aplicación de este Decreto en establecimientos de práctica de terapias naturales o en centros sanitarios, en este último caso bajo la dirección de un profesional sanitario.”.



Asimismo, conforme la verdadera naturaleza de la actividad prevista para estos establecimientos de terapias, el Decret establece una determinada regulación en relación las exigencias que han de cumplir los utensilios y material que penetra y atraviesa la piel, las mucosas y/u otros tejidos; sobre la custodia de los datos personales y de salud de las personas usuarias de la actividad de terapia; de la forma, tiempo y contenido del consentimiento informado que haya de prestar el usuario de la terapia, y; la gestión de los residuos sanitarios.

2. La ordenación que acomete el Decret 31/2007 lo es de unas actividades que tienen como finalidad la preservación, conservación y restauración de la salud de las personas, para lo que aplica una diagnosis y eventualmente soluciones a los problemas de la salud mediante la aplicación terapéutica, como la aplicación de técnicas y terapias manuales para el mantenimiento, conservación y restauración de la salud de las personas.

De esta manera la regulación de las terapias no convencionales tiene ciertamente incidencia en la salud de las personas, pero no como efecto incidental de una actividad que sea considerada no sanitaria, sino, precisamente, como actividad sanitaria entendida en el concepto indiferenciado que se desprende de la legislación básica estatal.

Y así, la legislación básica estatal:

1/ Define a la actividad sanitaria como el "conjunto de acciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento o rehabilitación, dirigidas a fomentar, restaurar o mejorar la salud de las personas realizadas por profesionales sanitarios" (art. 2.1,d Real Decreto 1277/2003, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios).

2/ Atribuye a los Licenciados en Medicina "la indicación y realización de las actividades dirigidas a la promoción y mantenimiento de la salud, a la prevención de las enfermedades y al diagnóstico, tratamiento, terapéutica y rehabilitación de los pacientes, así como al enjuiciamiento y pronóstico de los procesos objeto de atención", ello sin perjuicio de las funciones que de acuerdo con su titulación y competencia



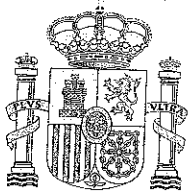
específica corresponda desarrollar a otros profesionales; y a los Diplomados universitarios en Fisioterapia “la prestación de los cuidados propios de su disciplina, a través de tratamientos con medios y agentes físicos, dirigidos a la recuperación y rehabilitación de personas con disfunciones o discapacidades somáticas, así como a la prevención de las mismas” (artículos 6 y 7, respectivamente, Ley 44/2003, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias), y;

3/ Define a sus efectos a la unidad asistencial, como la “organización diferenciada, dotada de los recursos técnicos y de los profesionales capacitados, por su titulación oficial o habilitación profesional, para realizar actividades sanitarias específicas. Puede estar integrado en una organización cuya actividad principal puede no ser sanitaria.”; entre la que se define típicamente como unidad 101 la de terapias no convencionales, como aquella “unidad asistencial en la que un médico es responsable de realizar tratamientos de las enfermedades por medios de medicina naturista o con medicamentos homeopáticos o mediante técnicas de estimulación periférica con agujas u otros que demuestren su eficacia y su seguridad.”, y cuyos requisitos mínimos pueden “ser complementados en cada comunidad autónoma por la Administración sanitaria correspondiente para los centros, servicios y establecimientos sanitarios de su ámbito” (artículo 2, Anexo II y artículo 4 RD 1277/2003, citado), que no abolirlos.

3. Se trata, pues, que las actuaciones profesionales objeto del Decreto, tendentes a la conservación, mantenimiento y restablecimiento de la salud, mediante el diagnóstico, la indicación terapéutica y el pronóstico, o la prevención, recuperación y rehabilitación de disfunciones somáticas mediante el empleo de agentes físicos, son, sustantivamente consideradas, actuaciones sanitarias encomendadas a determinados profesionales sanitarios o profesionales del área sanitaria, como los establecimientos en los que se desarrollen dichas prácticas unidades sanitarias; sin que por ello pueda la ordenación autonómica encomendar su cometido a profesionales no sanitarios, ni reconocer unidades sanitarias sin el requisito del profesional sanitario licenciado que sea el responsable.

(...)

No pueden desconocerse las exigencias de la legislación básica estatal para la práctica de las terapias de prevención, conservación y restablecimiento de la salud de las personas, por el suceso que el Decret impugnado quiera atribuir estas actuaciones a



profesionales no sanitarios, y ello con la pretensión de quedar fuera de la letra de las definiciones de 'actividad sanitaria' ("conjunto de acciones...realizadas por profesionales sanitarios"), de las "profesiones sanitarias tituladas" y de las unidades sanitarias de terapias no convencionales ("unidad asistencial en la que un médico es responsable de realizar tratamientos...").

Por el contrario, la coincidencia de la actuación terapéutica con la que, sin ninguna diferenciación, se define como actuación sanitaria, es el motivo para que el profesional que la ejerza y el establecimiento en que se practique deban cumplir las exigencias previstas en la legislación básica estatal, tal como con cierta evidencia se establece en el artículo 4.2. de la Ley 44/2003, de Ordenación de la profesiones sanitarias -"El ejercicio de una profesión sanitaria, por cuenta propia o ajena, requerirá la posesión del correspondiente título oficial que habilite expresamente para ello o, en su caso, de la certificación prevista en el art. 2.4, y se atenderá, en su caso, a lo previsto en ésta, en las demás leyes aplicables y en las normas reguladoras de los colegios profesionales."-.

Por último en este aspecto, ninguna laguna de atribución puede apreciarse en las profesiones sanitarias o del área sanitaria en orden la prestación de las terapias no convencionales, esto considerando que los artículos 2 y 3 de la Ley 44/2003 citada (y Disposición Adicional 7ª) efectúan una atribución acabada de las actividades sanitarias entre los distintos profesionales allí identificados, al punto que el número 3º del citado artículo 2 prevé que, por las características de la actividad, para mejorar la eficacia de los servicios sanitarios o para adecuar la estructura preventiva o asistencial al progreso científico y tecnológico, pueda desgajarse de las anteriores atribuciones alguna actividad no autónomamente prevista hasta entonces, para ser declarada formalmente como profesión sanitaria, titulada y regulada, estableciendo en este caso el Ministerio de Sanidad y Consumo una certificación acreditativa que habilite para el ejercicio profesional de los interesados, cuando ello resulte necesario.

Tal como, por cierto, parece que pueda realizarse en este ámbito de futuro, pues no resulta desconocida la existencia de respuestas escritas del Gobierno de la Nación a preguntas e interpelaciones parlamentarias, como es la que "El Ministerio de Sanidad y Consumo está trabajando en conocer la situación de las terapias no convencionales



en España. Para ello, ha creado un Grupo de trabajo de terapias naturales que celebró su primera reunión el 7 de febrero de 2008, con el fin de propiciar una reflexión conjunta entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y las Comunidades Autónomas, que concluya con un informe a efectos de una futura regulación de las terapias naturales.

Inicialmente tiene previsto elaborar, a través de un Grupo más reducido, un documento de análisis de la situación de las terapias naturales en España (formación de los profesionales y centros) y a nivel internacional (centros profesionales y las propias terapias). En dicho informe se incluye un apartado de revisión de la evidencia científica disponible acerca de la seguridad, eficacia, utilidad y eficiencia de las terapias naturales.

A la vista de la información obtenida en este análisis de situación, se abordará una segunda fase, en la que se plantearán diferentes alternativas sobre la posible regulación del tema, en lo referente a los centros, a los profesionales y/o a las propias técnicas.” (Respuesta 684/003629, de 6 de febrero de 2009).

2. A modo de conclusión, la legislación básica no padece la falta de regulación en que se sustenta la competencia autonómica para la ordenación de las terapias no convencionales, sino que prevé indiferenciadamente que las actividades sanitarias sólo puedan ser ejercitadas por los profesionales sanitarios y en los establecimientos sanitarios reconocidos, de manera que es disconforme con el Ordenamiento jurídico el Decret que quiere reconocer el ejercicio de actividades materialmente sanitarias a profesionales no sanitarios, en establecimientos no sanitarios.”

En consecuencia con lo que se ha transcrito, el fallo de la sentencia declara la nulidad del Decret objeto también de este recurso.

Concurriendo idénticas circunstancias, de hecho y de derecho en el presente recurso, por el principio de unidad de doctrina debemos estimar ahora el recurso por los mismos fundamentos expresados, ya que las pretensiones y fundamento de las mismas que se han formalizado en el presente recurso son sustancialmente iguales a las estimadas en la sentencia transcrita.



14/22

TERCERO.- No se aprecian motivos suficientes para efectuar un especial pronunciamiento en materia de costas

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- DESESTIMAR la causa de inadmisibilidad planteada por la administración demandada.

SEGUNDO.- ESTIMAR el recurso contencioso administrativo.

TERCERO.- No efectuar pronunciamiento especial en materia de costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, llevándose testimonio de la misma a los autos principales.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Vot particular que, a l'empara de l'article 260 de la Llei orgànica del poder judicial, formula la magistrada Sra. Núria Clèries Nerín a la Sentència 533 de 2009, dictada per aquesta Secció en el recurs 178/2007 i a què s'ha adherit la magistrada Sra. M^a Pilar Rovira del Canto.

Respectuosament amb el criteri de la Sala, mostrem el nostre desacord amb els principals arguments que hi han estat utilitzats i que condueixen a l'estimació del recurs.

Coincidim amb la Sentència que la finalitat del Decret 31/2007 es la protecció de la salut de les persones, que reconeix l'article 43 CE. I que el títol competencial que l'empara és el de sanitat (art.162,3,b EAC).

Entenem que no és títol competencial habilitant el previst art. 131.1 EAC, perquè el Decret no regula un títol acadèmic o professional sinó un títol administratiu. El Decret regula les condicions i habilitacions administratives per poder exercir un determinat ofici. En aquests supòsits el Tribunal Constitucional (entre d'altres STC, 154/05) ha deixat clar que la competència no ve incardinada en la matèria educació sinó en la matèria sobre la qual recau l'habilitació: en aquest cas la sanitat. Per tant, la competència habilitant no és la que estableix l'article 131.1 EAC (competència exclusiva sobre els ensenyaments postobligatoris que no condueixen a l'obtenció d'un títol o una certificació acadèmica o professional amb validesa a tot l'Estat...) sinó la que preveu l'article 161.2.3 EAC (competència compartida en matèria sanitària).

En matèria de sanitat, l'Estat té atorgada la competència per l'establiment de les "bases i coordinació general de la sanitat" (art 149.1.16 CE) i la Generalitat la competència compartida en l'àmbit de "l'ordenació, la planificació, la determinació, la regulació i l'execució de les mesures i les actuacions destinades a preservar, protegir i promoure la salut pública en tots els àmbits..." (art. 162.3 b) EAC).



Compartim plenament els raonaments exposats en el tercer fonament de dret referents a la distribució competencial que l'article 111 de l'EAC estableix que "en les matèries que l'Estatut atribueix a la Generalitat de forma compartida amb l'Estat, corresponen a la Generalitat la potestat legislativa, la potestat reglamentària i la funció executiva, en el marc de les bases que fixi l'Estat com a principis o mínim comú normatiu".

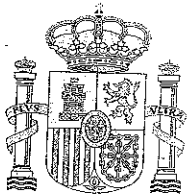
La nostra discrepància se centra en l'abast de la legislació bàsica existent i en l'abast del contingut del mateix Decret. En general, entenem que el Decret, amb la finalitat de protegir la salut pública, ha regulat una realitat en què, avui per avui, l'Estat no ha dictat la legislació bàsica al respecte.

Així doncs, i per justificar aquest pronunciament, haurem d'analitzar si existeix llei de bases, i si la Generalitat ha envaït les competències de l'Estat legislant contra les bases establertes, o bé simplement ha omplert un buit legal existent en aquests moments. També haurem d'estudiar, en segon lloc, si el Decret s'immisceix en l'àmbit d'actuació reservat a les professions sanitàries.

Que no hi ha una legislació bàsica general, concreta i específica sobre teràpies naturals és una qüestió indiscutida. El 28 de juny de 1989, la Comissió de "Política Social y Empleo" del Congrés dels Diputats va aprovar la proposició no de llei sobre regulació de les tècniques terapèutiques d'homeopatia i acupuntura (expte. núm. 1611227), i va instar el Govern per tal que regulés les condicions d'exercici i aplicació de les tècniques terapèutiques i acupuntura i establís el marc adequat d'ensenyament i aprenentatge de dites tècniques. S'han presentat diverses preguntes parlamentàries al respecte, i però encara no s'ha regulat l'exercici de teràpies naturals.

Del que antecedeix es pot concloure que, a data d'avui, en matèria de teràpies naturals, l'Estat no ha dictat una legislació bàsica, en exercici de la seva competència sobre sanitat.

En segon lloc, haurem d'analitzar si es possible deduir unes bases sobre aquesta matèria de la legislació bàsica sanitària existent. Coincidim amb la Sentència que la legislació bàsica de l'Estat en matèria de sanitat està constituïda per la Llei 14/1986, de



25 d'abril, general de sanitat; la Llei 44/2003, de 21 de novembre, d'ordenació de les professions sanitàries; la Llei 16/2003, de 28 de maig, de cohesió i qualitat del sistema nacional de salut, i el Reial decret 1277/2003, de 10 d'octubre, d'establiment de les bases generals sobre autorització de centres, serveis i establiments sanitaris. En canvi, i malgrat que la Sentència no s'hi pronuncï, entenem que no té caràcter de legislació bàsica el Reial decret 1001/2002, de 27 de setembre, pel qual s'aproven els Estatuts Generals del Consell General de Col·legis de Fisioterapeutes.

L'article 24 LGS disposa que les activitats públiques o privades que, directament o indirectament, puguin tenir conseqüències negatives per a la salut, estaran sotmeses pels òrgans competents a les limitacions preventives de caràcter administratiu, d'acord amb la normativa bàsica de l'Estat. Entenem que el Decret no vulnera aquest precepte perquè l'activitat que regula avui no està considerada, pròpiament, com activitat sanitària, tal i com exposarem en el següent fonament de dret.

La Llei 44/2003 que regula l'ordenació de les professions sanitàries es refereix a les professions sanitàries titulades com aquelles que requereixen de titulació a nivell de llicenciat, diplomad o formació professional. Cap menció es fa a l'exercici de pràctiques que incideixen en la salut i benestar de les persones i que no requereixen cap tipus d'aquestes titulacions, sinó sols una habilitació administrativa. Per altra banda, no es fa cap menció respecte de les teràpies que regula el Decret ni aquestes estan incloses com especialitats en les professions sanitàries a les quals es refereix la Llei.

Per altra banda, tampoc estableix bases en aquesta matèria el RD 1277/2003, malgrat que contempli les Unitats de teràpies no convencionals (U 101) en els establiments o centres hospitalaris i es digui que en aquestes unitats assistencials "un metge ha d'ésser el responsable de realitzar els tractaments de les malalties per mitjans de medicina naturista o amb medicaments homeopàtics o mitjans tècnics d'estimulació perifèrica amb agulles o altres que demostrin la seva eficàcia i seguretat". El Decret 31/2007, en l'article 1.3 exclou expressament de la seva regulació aquests tipus d'establiments.

El RD 1277/2003 no fa una regulació general d'aquest tipus d'activitat o dels establiments on es porten a terme, sinó que regula sols l'exercici d'aquestes teràpies



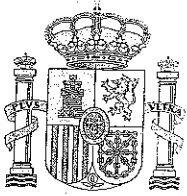
quan es fan dins un establiment sanitari, però omet pronunciar-se sobre l'exercici de les teràpies fora d'aquests centres. D'igual manera, tampoc diu que l'exercici de les teràpies naturals s'hagi de practicar només en un establiment sanitari. En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Suprem 1506/2005, de 7 de març (recurs 168/2003) en referir-se a una Sentència, de 6 de juliol de 2005, diu que *"lo que el apartado correspondiente supone no es otra cosa que la consideración del ejercicio terapéutico por medios no convencionales (acupuntura, homeopatía y similares), atribuyendo a un profesional licenciado en medicina la responsabilidad de la corrección del tratamiento empleado, sin alterar ni suponer titulaciones o capacidades para el ejercicio de esa terapia no convencional, ni trazar pautas para su ejercicio".... "El objeto del Real Decreto...se circunscribe a formular las definiciones precisas para encuadrar lo que se considera como centros, servicios o establecimientos sanitarios"*.

Tampoc es pot deduir que existeix legislació bàsica que reguli la naturopatia amb criteri homeopàtic del fet que l'article 50 de la Llei 25/1990, del medicament, es refereixi al medicament homeopàtic, perquè com succeeix en la medicina convencional, hi ha medicaments o remeis que no requereixen recepta mèdica i que es poden adquirir directament sense prescripció facultativa.

Així doncs, de tot l'exposat es pot concloure que formalment el Decret no vulnera cap llei de bases, atès que el que fa es regular una matèria sobre la que l'Estat encara no ha exercit la seva competència per dictar les bases.

Per últim, hem de respondre la pregunta si el Decret, quan crea la figura de tècnic en teràpies naturals, envaeix un àmbit d'actuació reservat a altres professionals titulats.

Com hem dit anteriorment, entenem, i així corregim el que en una primera aproximació vàrem dir en la interlocutòria que va resoldre les mesures cautelars, que el Decret, tot i que incideix en la salut i el benestar de les persones, no es pot entendre que reguli l'activitat sanitària pròpiament dita, tal com la defineix l'art. 2.1.d) del RD 1277/2003, ja que aquesta, per ser tal, ha d'estar realitzada per personal sanitari aplicant, s'ha d'entendre, les tècniques i els mètodes propis de les professions respectives, i, com es dirà més endavant, avui per avui, l'exercici d'aquestes teràpies no està reservat als professionals sanitaris. En el benentès que professionals sanitaris són aquells a qui es



refereix la Llei 44/2003.

L'objectiu del Decret és establir les condicions necessàries d'exercici a Catalunya de determinades teràpies naturals. En concret, el Decret regula els requisits estructurals, d'equipament i d'activitat que han de complir els centres, els requisits, formació i avaluació dels professionals no sanitaris que s'hi dediquen, i el regim de control i sancionador.

El Decret indica que es refereix només al personal no sanitari i que exclou de l'àmbit d'aplicació la regulació dels requisits i el procediment d'autorització de les unitats assistencials de teràpies no convencionals dels centres sanitaris. (art 1.3).

Per altra banda, també disposa que "en cap cas els tècnics en teràpies naturals estan autoritzats a realitzar activitats reservades a professionals sanitaris ni a indicar una suspensió o retirada de medicaments al·lopàtics prescrits per professionals mèdics" (art 5.4).

La voluntat del Decret es reconèixer i regular l'exercici de les teràpies naturals com a activitats orientades al foment de la salut i el benestar de les persones, en aquell àmbit que no està reservat al personal sanitari ni s'exerceix en un establiment sanitari.

En conclusió, podem dir que la qüestió objecte del recurs no és la contraposició de dos tipus de medicines reconegudes, ni la intromissió de certes activitats en el camp reservat a professionals sanitaris. La qüestió és que avui per avui s'està exercint un tipus de teràpies naturals, per personal sense cap titulació i sense cap tipus de control administratiu, i el Decret pretén fer front a aquesta situació.

Considerem que el Decret no regula ni la medicina homeopàtica ni la medicina basada en l'acupuntura, sinó la naturopatia basada en criteris homeopàtics i teràpies naturals en què es fa servir l'acupuntura. El tècnic naturista no recepta medicaments homeopàtics sinó que tan sols podrà recomanar aquells que es puguin comprar sense recepta mèdica. El Decret el que fa és crear una habilitació administrativa, que no és ni un títol acadèmic ni un títol professional. I si finalment s'entén que alguna d'aquestes practiques, o totes les que regula el Decret, han d'estar reservades a personal sanitari,



perquè s'entenen que són activitats que haurien d'ésser considerades com pròpiament activitats sanitàries, hauran de ser regulades per qui té la competència per fer-ho, de la mateixa manera que aquestes especialitats s'hauran d'incloure dins dels plans d'estudis corresponents, destinats a formar els professionals sanitaris.

Així doncs, entenem que hi ha un àmbit d'actuació que incideix en la salut de les persones i en el seu benestar que avui per avui no està reservat a professionals sanitaris i que és una realitat que aquest tipus d'actuacions es practiquen lliurement sense cap tipus de regulació ni de control.

Per altra banda, considerem que el Decret en tot cas té cura en separar, formalment, el seu àmbit d'actuació del que està reservat a les professions sanitàries. I si es considera que aquesta separació no és adequada per incidir en alguna activitat sanitària reservada a professionals sanitaris, s'haurà de valorar, d'una banda, a través de les guies d'avaluació de competències, i d'una altra, sobre tot, de la legislació bàsica que dicti l'Estat.

De tot el que hem exposat, concloem que el Decret de la Generalitat, dictat en exercici de la competència compartida en matèria de sanitat, no contradiu la legislació bàsica de l'Estat, atès que no existeix una legislació bàsica en teràpies naturals, ni de la legislació bàsica en matèria de sanitat es poden deduir bases en aquesta matèria. A través d'aquest Decret, la Generalitat ha regulat les condicions d'exercici d'unes teràpies que avui per avui s'estan exercint sense cap tipus de control.

No qüestionem que existeixi un tipus de medicina diferent de la medicina convencional o al·lopèdica, però a través d'aquest recurs judicial no es pot resoldre aquesta qüestió, que correspon en tot cas a l'àmbit acadèmic, científic, i, després, legislatiu.

La realitat mostra que existeix un àmbit d'actuació que incideix en la salut i benestar de les persones que no està reservat a les professions sanitàries. És precisament aquest àmbit el que el Decret pretén regular, en el benentès que sempre que es consideri que alguna d'aquestes pràctiques, mètodes o activitats han de ser reconduïts cap al terreny de l'activitat sanitària reservada als professionals sanitaris, això es podrà fer mitjançant les oportunes decisions legislatives, i que quan l'Estat decideixi dictar



21/22

normes bàsiques en aquesta matèria, s'haurà d'estudiar si la normativa de la Generalitat es conforme amb aquestes bases o si incorre en incompetència.

Per tot això considerem que s'hauria d'haver desestimat el recurs.

Barcelona, 12 de juny de 2009.

Una firma manuscrita que consisteix en unes línies fluides i entrelaçades, probablement d'un membre de l'administració pública.