



Roj: **STS 5819/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5819**

Id Cendoj: **28079130042016100488**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **29/11/2016**

Nº de Recurso: **954/2015**

Nº de Resolución: **2527/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **RAFAEL TOLEDANO CANTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 2.527/2016

Fecha de sentencia: 29/11/2016

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 954/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/11/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Procedencia: T.S.J.ARAGON CON/AD SEC.1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

Resumen

Anulación del Convenio singular de colaboración suscrito entre el Gobierno de Aragón y el Colegio de Opticos-Optometristas de Aragón para la prevención de problemas visuales. No concurren las infracciones alegadas.

RECURSO CASACION núm.: 954/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 2527/2016

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez, presidente

D. Segundo Menéndez Pérez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Jesús Cudero Blas

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 29 de noviembre de 2016.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 954/2015, promovido por el Colegio Nacional de Ópticos-Optometristas, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Esther Centoira Parrondo, bajo la dirección letrada de D^a. Concha Collado, contra la sentencia núm. 20, de 30 de enero de 2015, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, recaída en el recurso núm. 739/2011 .

Ha comparecido como parte recurrida la Comunidad Autónoma de Aragón, representada y asistida por letrado de sus Servicios Jurídicos, y la Asociación Aragonesa de Oftalmología, representada por el Procurador D. Jorge Deleito García, con la asistencia letrada de D. Clemente Sánchez-Garnica Gómez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El presente recurso de casación se interpuso por el Colegio Nacional de Ópticos-Optometristas, contra la sentencia núm. 20, de 30 de enero de 2015, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, estimatoria del recurso núm. 739/2011 , instado por la Asociación Aragonesa de Oftalmología frente al Convenio Singular de Colaboración suscrito el 12 de enero de 2010 entre el Gobierno de Aragón y el Colegio de Ópticos-Optometristas de Aragón para la prevención de problemas visuales, y que fue anulado por la resolución impugnada por no ser conforme al Ordenamiento Jurídico.

SEGUNDO .- La Sala de instancia estimó el recurso contencioso-administrativo con sustento en el siguiente razonamiento:

«TERCERO.- Para la resolución del presente recurso se considera, ciertamente, determinante la sentencia del Tribunal Supremo citada por la actora de 10 de diciembre de 2008 , porque, en efecto, tuvo por objeto un convenio de colaboración análogo al aquí enjuiciado, suscrito entre la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, el Servicio Andaluz de Salud y la Delegación Regional de Andalucía del Colegio Nacional de Ópticos Optometristas, para el desarrollo de actividades en materia de prevención y promoción de la visión. En dicha sentencia el Tribunal Supremo parte del informe pericial practicado en las actuaciones del Departamento de Medicina Legal y Toxicología de la Universidad de Granada - aportado por la aquí recurrente con su demanda-, cuya falta de valoración se reprochaba a la sentencia recurrida como uno de los motivos de casación, y del que se recogía una amplia reseña del mismo efectuada por el Colegio recurrente, considerándola "adecuada a la valoración del perito claramente contraria a los términos en los que se plantea el Convenio". Contrastado dicho informe con el aportado por el Colegio demandado, en el que se hacía hincapié en las enseñanzas conducentes al título de Diplomado en Óptica y Optometría, y en el que se concluía que las pruebas a realizar por el Óptico-Optometrista en el anexo I del Convenio -análisis del estado refractivo del individuo, reacción pupilar, test de Worth y rejilla de Amsle, y tonometría de no contacto- "no son más que una parte de la capacitación de la que se dota al diplomado en Óptica y Optometría dentro de las Universidades públicas españolas". De la comparación de ambas pruebas, el Tribunal Supremo deduce que "no habría inconveniente en asumir el Convenio si la encomienda que se hiciera a los ópticos en el seno del mismo se dirigiese a las funciones que les asigna el apartado e) del art. 7 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre y que se describe como "las actividades dirigidas a la detección de los defectos de la refracción ocular, a través de su medida instrumental, a la utilización de técnicas de reeducación, prevención e higiene visual, y a la adaptación, verificación y control de las ayudas ópticas" porque son las que les son propias, pero las mismas las desnaturaliza el Convenio cuando a través de las pruebas que recoge el anexo, pretende convertirlos en instrumentos para detectar patologías describiéndose la forma de proceder del modo que lo hace el núm. 4 de la estipulación cuarta del Convenio: "Tras su revisión, las Ópticas entregarán en documento normalizado un informe sobre el resultado de la exploración realizada. En el caso de que tras la cumplimentación del protocolo, a que se refiere el Anexo I del presente Convenio, se evidenciaran alteraciones de la visión que, a juicio del Óptico-Optometrista Titulado, precisen ser valoradas por los servicios sanitarios, el usuario será nuevamente remitido al Centro de procedencia". Ese modus operandi desnaturaliza la función del óptico en detrimento de las tareas que le

otorga el art. 7.e) citado y, sobre todo, desconoce el derecho del posible enfermo de conocer su patología a través de la actuación del profesional sanitario realmente capacitado para ello".

En el caso aquí enjuiciado se ha emitido, además, a instancia de la recurrente, un informe pericial, por perito designado judicialmente -doctor experto en valoración del daño corporal-, en relación al Convenio aquí en cuestión, que viene a coincidir con el emitido por el Departamento de Medicina Legal y Toxicología de la Universidad de Granada -que en gran parte transcribe-, y en el que, en respuesta a las concretos extremos objeto de la pericia, llega a las siguientes conclusiones:

- "Considero que la Diplomatura de Óptica, aunque ya admitida como Sanitaria, queda circunscrita, fundamentalmente, al ámbito de la física y de la instrumentación física, sin ninguna implicación en las patologías. El Título de Diplomado en óptica, independientemente del plan de estudios, sólo autoriza para estar al frente de una Oficina de Óptica. Su frontera queda limitada por un título superior que es el de Médico Oftalmólogo cuyas competencias están marcadas en la LOPS y en la Guía de la Especialidades Médicas aprobadas por el Consejo Nacional De especialidades y publicadas en el BOE. En esta GUÍA se establece que son Competencias EXCLUSIVAS del OFTALMÓLOGO: Todos aquellos conocimientos y actividades técnicas 4 que son necesarios para el diagnóstico, tratamiento y la rehabilitación de las enfermedades del aparato de la visión. En este apartado debe ser incluida la exploración y corrección de los defectos de la refracción ocular.

Algunas de las pruebas que los ópticos están realizando, al amparo del convenio, son claramente actos médico y en otros, por especial complejidad, podrían obtener una información errónea, con consecuencias funesta".

- "Puede afirmarse, que las funciones de graduar la visión y de prevenir posibles problemas y patologías visuales son las propias de los médicos especialistas en Oftalmología, a los que les corresponde diagnosticar y tratar la patología ocular y que el óptico no tiene facultades y formación para detectar patologías. Quedan fuera de sus atribuciones toda la patología ocular para la que no tienen medios de diagnóstico, conocimientos y capacidad de interpretación en conjunto".

- "Hasta la ley 44/ 2003 de 21 de Noviembre de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, que si define a los Diplomados en Óptica y Optometría dentro de las profesiones sanitarias, no se han definido o modificado las competencias profesionales que le asigna el decreto de 1961. En esta Ley, en el Art 7-e) se relacionan las actividades relativas a los ópticos, por todo ello podemos decir que el Convenio invade las competencias que son propias de los Médicos Oftalmólogos, a favor de los Ópticos, en cuanto al examen de refracción y agudeza visual, parte fundamental de la exploración oftalmológica".

Ni la Administración demandada, ni el Colegio codemandado han propuesto prueba pericial, limitándose este último a aportar el modelo de atención en oftalmología, en el ámbito de atención primaria y de atención especializada ambulatoria, elaborado a instancia del Departamento de Salud de la Generalidad de Cataluña, en el que se insiste en la necesidad de que los ópticos-optometristas se incorporen al sistema de atención primaria y del que subraya las aportaciones que pueden realizar para una mejor atención en oftalmología. Extremos uno y otro que no cabe aquí cuestionar, si bien hemos de resaltar, en lo que aquí interesa, que en las consideraciones básicas se considera importantísimo generalizar la incorporación de la optometría a la red asistencial oftalmológica, con las funciones que se relacionan, según los protocolos consensuados, si bien "con la supervisión continuada del servicio de oftalmología".

Pues bien, los servicios conveniados se detallan en la estipulación tercera del Convenio impugnado, viniendo a coincidir con los contenidos en el Convenio Andaluz:

"1.- Evaluación del estado refractivo/agudeza visual mediante pruebas optométricas.

2.- Realización de las siguientes pruebas complementarias: Evaluación de la reacción pupilar. Evaluación de la habilidad de fusión plana a través del test de Worth. Determinación de la integridad del campo visual correspondiente a la región macular mediante el test de la Rejilla de Amsler. Medición de la presión intraocular mediante Tonometría de no contacto ocular.

3.- Información..."

En principio, como en el supuesto contemplado por el Tribunal Supremo en la sentencia de constante referencia, no habría inconveniente en asumir el Convenio en cuanto que las funciones referidas son las propias que les asigna a los ópticos el apartado e) del artículo 7 de la Ley 44/2003 -"las actividades dirigidas a la detección de los defectos de la refracción ocular, a través de su medida instrumental, a la utilización de técnicas de reeducación, prevención e higiene visual, y a la adaptación, verificación y control de las ayudas ópticas". Sin embargo, también en este caso, el Convenio las desnaturaliza cuando a través de las pruebas referidas se pretende convertir a los ópticos en instrumentos para detectar patologías dado el procedimiento de derivación establecido en la estipulación segunda del Convenio:

- "1. La derivación de usuarios será realizada por los servicios que determine el Servicio Aragonés de Salud.
2. A los usuarios, mayores de 14 años, que consulten para graduación visual se les podrá ofrecer la posibilidad de ser atendidos en uno de los establecimientos de óptica adheridos al Convenio, y a los fines previstos en el mismo.
3. A tal efecto, se les facilitará modelo normalizado de derivación del Sistema Nacional de Salud, así como el listado de los establecimientos adheridos al presente convenio.
4. Los usuarios, previa solicitud de cita en el establecimiento elegido, harán entrega en el mismo del documento de derivación.
5. Los establecimientos entregarán al usuario en un documento normalizado, el informe con los resultados de la exploración realizada, haciendo mención expresa, en el caso de alteraciones que así lo requieran, de la necesidad de asistencia médica. Dicho informe deberá hacer constar el nombre y firma del Óptico-Optometrista que haya realizado la exploración..."

Debiendo significarse que contra la reiterada sentencia del Tribunal Supremo se promovió por el Colegio codemandado incidente de nulidad de actuaciones, el cual fue desestimado por auto de 7 de julio de 2009, en el que se declara por el Alto Tribunal que "lo que niega la Sentencia sin contradecirse en momento alguno, es que se pueda derivar desde los centros de salud a los establecimientos de óptica a personas para su examen oftalmológico sin que previamente el facultativo del centro haya detectado una patología de esa naturaleza y que esa actividad de detección se deje en manos del óptico que si la descubre devolverá al paciente al centro de salud para que, a su vez, desde allí se le derive al especialista, el médico oculista u oftalmólogo. Eso excede de las competencias del óptico". Y esa posibilidad, frente a lo que sostienen las codemandadas, resulta también en el Convenio aquí impugnado por el procedimiento de derivación en él recogido y antes transcrito.

Añadiéndose en el referido auto que "lo que se pretende con la anulación es que en la detección de las patologías y en la corrección de las mismas no puedan intervenir más que los facultativos que ostentan y poseen la cualificación profesional necesaria para ello. Como es lógico, corregido en lo pertinente el Convenio, nada impide que el buen juicio de la Administración y del Colegio Profesional que convinieron, si lo estiman conveniente, puedan seguir ofreciendo esos servicios en los términos que la cualificación profesional del óptico-optometrista lo permite pero no más allá".

Todo lo cual determina, igualmente en el presente caso, con estimación del presente recurso, que deba declararse nulo el Convenio Singular de Colaboración aquí impugnado».

TERCERO .- Preparado el recurso en la instancia y emplazadas las partes para comparecer ante esta Sala, el Colegio Nacional de Ópticos-Optometristas, mediante escrito registrado el 9 de abril de 2015 interpuso el anunciado recurso en el que formula dos motivos de casación, dedicando un tercero al juicio de relevancia.

En el primero, al amparo del art. 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), denuncia que la sentencia de instancia infringe: (i) el «principio de Reserva de Ley consagrado en los arts. 36 y 53.1 de la Constitución Española»; (ii) «la Disposición adicional undécima de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre (añadida por la disposición adicional 2.2 del Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto), en relación con el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, el Real Decreto 43/2015, de 2 de febrero (BOE 3-2-2015), la Orden CIN/727/2009, de 18 de marzo, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Óptico-Optometrista (BOE 26-3-2009) y el Real Decreto 967/2014, de 21 de noviembre, por el que se establecen los requisitos y el procedimiento para la homologación y declaración de equivalencia a titulación y a nivel académico universitario oficial y para la convalidación de estudios extranjeros de educación superior, y el procedimiento para determinar la correspondencia a los niveles del marco español de cualificaciones para la educación superior de los títulos oficiales de Arquitecto, Ingeniero, Licenciado, Arquitecto Técnico, Ingeniero Técnico y Diplomado (BOE 22-11-2014)»; (iii) «la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (BOE 22-11-2003), y en concreto en lo establecido en sus artículos 2, 4 y demás concordantes»; (iv) «la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (BOE 22-11-2003), y en concreto en lo establecido en el artículo 7.2.e)».

Y en el motivo segundo, por el cauce del art. 88.1.c) de la LJCA aduce que la sentencia de instancia vulnera los arts. «24 y 120.3 de la Constitución Española por apreciar falta de motivación de la Sentencia», así como el art. «348 LEC en cuanto a la valoración de la prueba pericial por haberse vulnerado las reglas de la sana crítica e infracción del artículo 335 LEC» (pág. 14 del escrito de interposición).



Finalmente solicita el dictado de sentencia que «declare haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia núm. 20/2015 dictada el 30 de enero de 2015 por el TSJ de Aragón -Sala Contenciosa-administrativa (sección 1ª), casándola, anulándola y dejando sin efecto, modificando las declaraciones contenidas en ella en el sentido de que el Convenio Singular de Colaboración de fecha 12 de enero de 2010 para la prevención de problemas visuales es conforme a Derecho, con expresa imposición de las costas a la parte recurrida».

CUARTO .- Conferido traslado de la interposición del recurso a la parte recurrida, únicamente la Asociación Aragonesa de Oftalmología presenta, el día 2 de julio de 2015, escrito de oposición en el que sostiene que ninguno de los motivos de casación alegados de contrario puede prosperar, concretamente, el primero por tratarse de una «[m]era discrepancia, subjetiva e interesada, que no desvirtúa la interpretación que de las normas sustantivas de aplicación hace la Sentencia impugnada», y porque se incumple el «requisito establecido en el artículo 86.4 de la L.J. ya que la mayor parte de las normas invocadas y que, ahora, se dicen infringidas, no fueron invocadas en la instancia» (pág. 12 del escrito de oposición); y el segundo por entender que hay «[m]otivación suficiente de la Sentencia y validez de la prueba practicada y valorada en Sentencia, que no puede ser objeto del presente recurso de casación» (pág. 21).

Por último, suplica a la sala «dicte sentencia confirmatoria en su integridad de la Sentencia 20/2015, de 30 de enero de 2015, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el recurso contencioso administrativo 739/2011, con expresa imposición de las costas causadas a la contraparte».

QUINTO .- Evacuados los trámites, se declararon conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo del recurso el día 15 de noviembre de 2016, fecha en que tuvo lugar dicho acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El presente recurso de casación se formula contra la sentencia núm. 20/2015, de 30 de enero, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que estimó el recurso núm. 739/2011, instado por la Asociación Aragonesa de Oftalmología frente al Convenio Singular de Colaboración suscrito, el 12 de enero de 2010, entre el Gobierno de Aragón y el Colegio de Ópticos-Optometristas de Aragón para la prevención de problemas visuales, convenio anulado por la Sala de instancia por no ser conforme al Ordenamiento Jurídico.

SEGUNDO .- El recurso de casación se articula en tres motivos, de los que el tercero se dedica por la parte a justificar el juicio de relevancia, y así se dice expresamente que en cumplimiento del art. 86.4 de la LJCA, y por tanto, no contiene una concreta infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que se impute a la sentencia, al amparo de alguno de los motivos del art. 88 de la LJCA.

El motivo segundo, articulado por el cauce del art. 88.1.c), se subdivide en dos motivos. En el submotivo primero se aduce que la sentencia de instancia vulnera los arts. «24 y 120.3 de la Constitución Española por apreciar falta de motivación de la Sentencia», así como el art. «348 LEC en cuanto a la valoración de la prueba pericial por haberse vulnerado las reglas de la sana crítica e infracción del artículo 335 LEC» (pág. 14 del escrito de interposición).

Respecto al primero, es evidente que la propia exposición del submotivo por la recurrente pone de manifiesto que conoce y entiende los fundamentos por los que la sentencia ha estimado el recurso contencioso administrativo, simplemente no comparte esas razones y las califica de desacertadas y contrarias a Derecho, siendo sin embargo plenamente conocedora de que la motivación de la sentencia, además de completa en sí misma, se extiende y remite continuamente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2008, que le sirve como motivación *in allunde*, como admite explícitamente la parte al reconocer que la doctrina de esta sentencia es, junto con el dictamen pericial obrante en autos, «el apoyo que ha sido determinante para resolver [el litigio]». No hay entonces indefensión ni falta de motivación, por lo que el motivo ha de ser rechazado, pues como hemos expuesto reiteradamente, por todas sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2013 (rec. cas. núm. 2014/2010) y las que en ella se citan, «[c]omo dijimos en sentencia de esta sección sexta de 18 de julio de 2012 (recurso de casación nº 4247/2009) "La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sostiene que el derecho a la tutela judicial efectiva aunque no garantiza el acierto judicial en la interpretación y aplicación del derecho, si exige, sin embargo, que la respuesta judicial a las pretensiones planteadas por las partes esté motivada con un razonamiento congruente fundado en derecho (STC 224/2003, 15 de diciembre) para evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador (STC 24/1990, de 15 de febrero). Motivación a la que expresamente se refiere el art. 120 CE, cuya infracción ahora se invoca. No obstante es significativo que en ninguna norma, ni en la interpretación que del art. 24 CE ha efectuado el

Tribunal Constitucional, se ha declarado la existencia de una determinada extensión de la motivación judicial. Cabe, pues, una motivación breve y sintética que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo , 25/2000, de 31 de enero) e incluso se ha reputado como constitucionalmente aceptable desde las exigencias de la motivación del art. 24.1. CE la que tiene lugar por remisión o motivación aliunde (SSTC 108/2001, de 23 de abril y 171/2002, de 30 de septiembre). Sin olvidar que para entender que una resolución judicial está razonada es preciso que el razonamiento que en ella se contiene no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en un error patente (STC 214/1999, de 29 de noviembre). Interpretación, la anterior, plenamente asumida por este Tribunal en múltiples resoluciones (27 de mayo, 31 de octubre y 25 de noviembre 2003, 28 y 29 de septiembre 2004, 15 de noviembre de 2004)".

Igual conclusión desestimatoria merece el segundo submotivo, donde se denuncia, también al amparo del art. 88.1.c), infracción de las normas reguladoras del procedimiento y de los actos y garantías procesales, con la invocación de infracción del art. 348 de la LEC , por haberse vulnerado las reglas de la sana crítica con infracción del art. 335 de la LEC . En primer lugar hemos de poner de manifiesto que la prueba pericial practicada fue admitida por la Sala de instancia en resolución no recurrida por la parte, por lo que sus críticas sobre que se ha admitido y practicado una suerte de pericia sobre una cuestión jurídica que no cumpliría los requisitos y objeto propio de la pericia, a tenor del art. 335 de la LEC , tropieza con un primer obstáculo, dado que denunciando infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en realidad lo que está cuestionando es la admisión de la prueba pericial con un determinado alcance que no combatió en su día, y que ahora considera inadmisibile. Por tanto, ni se invoca el motivo del art. 88.1.c) de la LJCA por la vía de infracción de las normas reguladoras del procedimiento y de los actos y garantías procesales del mismo, sino por la vía de la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, con lo cual ya existe una primera discordancia insalvable entre el motivo alegado y lo que realmente se denuncia con el mismo. En segundo lugar, tampoco se habría cumplido el requisito de haber pedido la subsanación de la falta, como exige el art. 88.2º de la LJCA , respecto a la admisión de la prueba pericial con el contenido que se propuso y admitió. Y en cuanto a la infracción de las reglas de valoración de la prueba pericial en la sentencia, que se articula en el citado motivo del art. 88.1.c) con invocación de la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, procede igualmente su rechazo pues es jurisprudencia constante que las infracciones que se imputen a criterios de valoración de los distintos medios de prueba deben plantearse por la vía del art. 88.1.d). En efecto, como ha declarado esta Sala reiteradamente [por todas, sentencia de 1 diciembre 2015 de la Sección Quinta de este Tribunal Supremo (rec. cas. núm. 226/2014)], «[...] el alegato relativo a los errores o defectos en la valoración de la prueba, que es lo que se viene en rigor a denunciar, debería formularse al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional (que disciplina el *error in iudicando*), por referirse a una infracción de las normas del ordenamiento jurídico, las referidas a la valoración de la prueba, aquí la pericial; sin que tengan cabida tales quejas por el cauce procesal del artículo 88.1.c) de la citada Ley , circunscrito como está al *error in procedendo* , o sea, a las deficiencias en la actividad procesal desplegada por el órgano jurisdiccional desde la iniciación del proceso hasta la sentencia misma como acto formal.

En otras palabras, no existe correspondencia entre el vicio que en verdad se está denunciando por medio de este motivo casacional -la deficiente valoración de la prueba que, según la entidad recurrente, efectúa la Sala de instancia- y el cauce procesal elegido para ponerla de manifiesto. El motivo se formula al amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA , referido a los errores in procedendo achacables a la sentencia, siendo así que, como esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones -sirvan de muestra las sentencias, por incluir sólo las más recientes, de 5 de octubre de 2010 (sic) (casación 4212/06), 11 de noviembre de 2010 (casación 5446/06), 21 de marzo de 2011 (casación 1124/07), 16 de junio de 2011 (casación 338/08), y 18 de noviembre de 2011 (casación 6079/2008)- los reproches sobre la valoración de la prueba hacen referencia a un defecto o *error in iudicando* , y, por tanto, deben encauzarse por la vía del artículo 88.1.d) de la misma Ley [...]» (FD Quinto).

En consecuencia, este submotivo segundo también debe ser rechazado, al igual que ya se hizo con el submotivo primero, ambos del motivo segundo, que no puede prosperar.

TERCERO .- Pasamos al examen del motivo primero que, al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA), se divide en cuatro submotivos.

En el primero denuncia que la sentencia de instancia infringe el «principio de Reserva de Ley consagrado en los arts. 36 y 53.1 de la Constitución Española », porque -a juicio de la parte- la sentencia recurrida «[...] infringe de pleno el principio de reserva legal de profesiones titulada (sic) toda vez que altera la Ley de Ordenación de Profesiones Sanitarias y las competencias que asigna la posesión del actual título de Grado en Óptica y Optometría [...]». Basta una somera lectura de la sentencia y de las propias argumentaciones de la recurrente en este motivo para advertir que la resolución no hace declaración alguna respecto a la Ley 44/2003, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (en adelante, LOPS), que pueda vulnerar el principio de reserva de

ley que se denuncia, porque no pretende hacer una regulación de profesión sanitaria alguna, tampoco de la de óptico optometrista. Y las argumentaciones de la sentencia para estimar el recurso, sobre la base de la interpretación de la LOPS, concretamente de su art. 7 y concordantes y su alcance respecto a lo acordado en el convenio litigioso, que es lo que realmente constituye el núcleo del debate, será objeto de examen al resolver los submotivos tercero y cuarto que luego analizaremos.

CUARTO.- También debe ser rechazado el segundo submotivo, en donde se denuncia, al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, la vulneración de la «[...] la Disposición adicional undécima de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre (añadida por la disposición adicional 2.2 del Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto), en relación con el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, el Real Decreto 43/2015, de 2 de febrero (BOE 3-2-2015), la Orden CIN/727/2009, de 18 de marzo, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Óptico-Optometrista (BOE 26-3-2009) y el Real Decreto 967/2014, de 21 de noviembre, por el que se establecen los requisitos y el procedimiento para la homologación y declaración de equivalencia a titulación y a nivel académico universitario oficial y para la convalidación de estudios extranjeros de educación superior, y el procedimiento para determinar la correspondencia a los niveles del marco español de cualificaciones para la educación superior de los títulos oficiales de Arquitecto, Ingeniero, Licenciado, Arquitecto Técnico, Ingeniero Técnico y Diplomado (BOE 22-11-2014)». Además de que varias de las normas citadas son posteriores, no ya al Convenio suscrito, sino incluso alguna a la propia sentencia y, por tanto, mal pudieran ser vulneradas por la misma, ni tan siquiera consideradas en la argumentación de las partes en demanda y contestación, al ser de fecha anterior (así el Real Decreto 967/2014, de 21 de noviembre, por el que se establecen los requisitos y el procedimiento para la homologación y declaración de equivalencia a titulación y a nivel académico universitario oficial y para la convalidación de estudios extranjeros de educación superior, al igual que el Real Decreto 43/2015, de 2 de febrero), lo cierto es que nos encontramos ante un motivo que incumple los más elementales requisitos de admisibilidad, pues no es sólo que ni en la contestación a la demanda de la parte ahora recurrente no se hiciera cita de estas normas que ahora se pretenden alegar, ni en la sentencia se hayan considerado, sino que además, la parte se limita, con la excepción de la Disposición Adicional Undécima de la LOPS, a la cita de textos normativos completos, cuya falta de relevancia para la cuestión litigiosa es manifiesta. En efecto, como hemos declarado reiteradamente, no cabe la cita en casación de textos normativos completos, sin establecer la debida correlación entre la crítica razonada de la sentencia y los textos normativos que se invocan, que lo han de ser con referencia precisa a determinados preceptos. Y así se explica en nuestra sentencia de 21 de octubre de 2011 (rec. cas. núm. 5076/2007) y las que en ella se citan, señalando que «[...] respecto de la cita de textos normativos completos hemos declarado en Sentencia de 5 de julio de 2010 (recurso de casación núm. 1891/2006) que ya en Sentencia de 2 de julio de 2008 (recurso de casación núm. 6256/2003) sobre la inadecuación o incompatibilidad con el recurso de casación cuando se hace una cita de textos normativos completos como norma infringida, que " esta Sala ha calificado como "anomalía", en Sentencia de 15 de julio de 2002, la cita de un texto normativo completo, al señalar que "no deja de suponer una anomalía en un recurso extraordinario como es este de casación la cita indiscriminada de preceptos, incluso de Leyes completas, sin precisar qué preceptos, de los múltiples que contienen pueden ser los infringidos". A lo que debemos añadir, ahora, que cuando se alega una profusión tal de normas, cuya lesión concreta ni se justifica ni guarda relación con lo razonado en la sentencia impugnada, se desdibuja la propia caracterización del recurso de casación, pues se impide, o dificulta, según el caso, que cumpla la función a que está llamado [...]». No se discuten ni niega en la sentencia recurrida ni los contenidos académicos de la titulación de óptico optometrista, ni la equivalente, a los efectos de la LOPS de aquella titulación en tanto que diplomatura, con la titulación de grado, que es lo que previene la Disposición Adicional undécima de la LOPS, y las normas citadas en bloque sobre los contenidos, reconocimiento de la titulación y programas formativos de la profesión de óptico optometrista carecen de la menor relevancia con la cuestión litigiosa, además de que la parte -que no las citó ni examinó en su escrito de contestación a la demanda- se limita a su exposición, en su mayor parte dedicada a reproducir los programas del Grado en Óptica y Optometría de distintas universidades, a hacer alegaciones generales sobre las distintas materias que se estudian en aquellos programas, sin explicar en qué consiste la pretendida vulneración por la sentencia recurrida del conjunto de normas cuya infracción se invoca.

En consecuencia, el motivo ha de ser igualmente rechazado.

QUINTO.- Analizaremos finalmente los submotivos tercero y cuarto de este motivo primero, ya que se invocan varias normas de la LOPS que guardan una estrecha relación unas con otras, de forma que su análisis no puede efectuarse por separado. En los dos submotivos se denuncia, al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, en el identificado como tercero la infracción de «[...] la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (BOE 22-11-2003), y en concreto en lo establecido en sus artículos 2, 4 y demás concordantes»; alega la parte que el pronunciamiento de la sentencia «[...] desvaloriza las competencias

profesionales que el ordenamiento jurídico reconoce a los Ópticos-Optometristas, conduciendo al equivocado pronunciamiento del Tribunal que determina que la Optometría deba estar bajo la supervisión continuada del servicio de oftalmología, lo que choca de plano con la Autonomía profesional que la Ley 44/2003 otorgan a todos los profesionales sanitarios existentes en el estado español, entre los que se encuentra el Diplomado en Óptica y Optometría, actualmente Graduado en Óptica y Optometría [...]» (pág. 32 del escrito de interposición), añadiendo que «[...] [e]n ningún caso el convenio otorga a los Ópticos-Optometristas funciones y facultades de los Médicos especialistas en Oftalmología al tratarse de unas funciones que tienen los Ópticos-Optometristas legal e indiscutiblemente reconocidas. Y en ningún caso se atenta contra el Derecho de la Salud de los ciudadanos. Cuando menos resulta paradójico que las actividades recogidas en el Convenio son las que a diario se vienen haciendo por los Ópticos- optometristas en sus establecimientos sanitarios de Óptica y sin embargo, de este modo no ha habido reacción alguna por parte del colectivo de médicos Oftalmólogos» (pág. 39 del escrito de interposición).

En el submotivo identificado como cuarto se alega, también al amparo del art. 88.1.d) de la LJC, la infracción del art. 7.2.e) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (BOE 22-11-2003), «[...] [p]or cuanto la errónea interpretación del precepto, confunde y desvaloriza las competencias profesionales que el ordenamiento jurídico reconoce a los Ópticos-Optometristas, conduciendo al equivocado pronunciamiento del Tribunal que determina la nulidad del Convenio, por entender el juzgador que dicho Acuerdo "desnaturaliza" esas competencias profesionales, al requerir de los Ópticos Optometristas la ejecución de concretas pruebas y establecer un procedimiento de derivación que convierte a "los ópticos en instrumentos de detección de patologías" [...]» (pág. 39 del escrito de interposición), vulnerando, según la parte recurrente, el «[...] [e]l art. 7.2.e) de la LOPS [que] considera [sic] que el Óptico-Optometrista puede llevar a cabo autónomamente pruebas visuales -para las que está formado por su titulación oficial y preceptiva formación continuada (art. 33.1 LOPS)- que el ordenamiento jurídico vigente no reconoce privativas de ningún profesional, para evaluar la función del sistema ocular y descubrir las anomalías ópticas que lo apartan del ojo [...]» (pág. 41 del escrito de interposición).

Ambos motivos han de ser rechazados. La sentencia de instancia, con el sólido apoyo de la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2008, que anuló un convenio análogo al que es objeto del presente recurso, analiza todas las cuestiones suscitadas en los motivos de casación en estudio. No hay infracción del art. 7.2.e) de la LOPS, ni se niega la autonomía funcional y profesional que corresponde a los ópticos optometristas, y que reconoce el art. 2 y 4, y demás preceptos concordantes de la LOPS. La sentencia no está analizando el ejercicio profesional de los ópticos, sino la forma en que, según el convenio, se articula la derivación de pacientes desde el Servicio de Salud a los establecimientos de ópticos, que son establecimientos sanitarios privados, no pertenecientes al Servicio de Salud. Por tanto, no impone ninguna limitación al funcionamiento de aquellos centros, ni al ejercicio profesional de los ópticos. Se ocupa de lo que el convenio pretende, que es que se pueda derivar desde los centros de salud a los establecimientos de óptica a personas para su examen oftalmológico sin que previamente el facultativo del centro haya detectado una patología de esa naturaleza y que esa actividad de detección se deje en manos del óptico que si la descubre devolverá al paciente al centro de salud para que, a su vez, desde allí se le derive al especialista, el médico oculista u oftalmólogo. Eso, afirmó la citada sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2008, que excede de las competencias del óptico pues como decía en relación al convenio allí analizado, que es en este aspecto análogo al que examina la sentencia recurrida «[...] se deduce sin esfuerzo que no habría inconveniente en asumir el Convenio si la encomienda que se hiciera a los ópticos en el seno del mismo se dirigiese a las funciones que les asigna el apartado e) del art. 7 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre y que se describe como "las actividades dirigidas a la detección de los defectos de la refracción ocular, a través de su medida instrumental, a la utilización de técnicas de reeducación, prevención e higiene visual, y a la adaptación, verificación y control de las ayudas ópticas" porque son las que les son propias, pero las mismas las desnaturaliza el Convenio cuando a través de las pruebas que recoge el anexo, pretende convertirlos en instrumentos para detectar patologías describiéndose la forma de proceder del modo que lo hace el núm. 4 de la estipulación cuarta del Convenio: "Tras su revisión, las Ópticas entregarán en documento normalizado un informe sobre el resultado de la exploración realizada. En el caso de que tras la cumplimentación del protocolo, a que se refiere el Anexo I del presente Convenio, se evidenciaran alteraciones de la visión que, a juicio del Óptico-Optometrista Titulado, precisen ser valoradas por los servicios sanitarios, el usuario será nuevamente remitido al Centro de procedencia". Ese modus operandi desnaturaliza la función del óptico en detrimento de las tareas que le otorga el art. 7 .e) citado y, sobre todo, desconoce el derecho del posible enfermo de conocer su patología a través de la actuación del profesional sanitario realmente capacitado para ello».

En el caso del Convenio suscrito entre el Gobierno de Aragón y el Colegio de Ópticos-Optometristas de Aragón para la prevención de problemas visuales, también se establece, según reseña la sentencia recurrida, un procedimiento análogo de derivación previendo que «1. La derivación de usuarios será realizada por los

servicios que determine el Servicio Aragonés de Salud. 2. A los usuarios, mayores de 14 años, que consulten para graduación visual se les podrá ofrecer la posibilidad de ser atendidos en uno de los establecimientos de óptica adheridos al Convenio, y a los fines previstos en el mismo. 3. A tal efecto, se les facilitará modelo normalizado de derivación del Sistema Nacional de Salud, así como el listado de los establecimientos adheridos al presente convenio. 4. Los usuarios, previa solicitud de cita en el establecimiento elegido, harán entrega en el mismo del documento de derivación. 5. Los establecimientos entregarán al usuario en un documento normalizado, el informe con los resultados de la exploración realizada, haciendo mención expresa, en el caso de alteraciones que así lo requieran, de la necesidad de asistencia médica. Dicho informe deberá hacer constar el nombre y firma del Óptico-Optometrista que haya realizado la exploración...».

La mención a que los usuarios acuden para graduación de visión, no puede ocultar que el derecho del paciente que acude al Servicio de Salud para consultar un problema de salud, y que según el propio convenio será derivado por el servicio que determine el Servicio Aragonés de Salud a los centros ópticos, exige una prestación sanitaria completa que incluye, para su adecuada atención, un diagnóstico, actividad que es exclusiva del médico, pues como establece el art. 6.2.a) de la LOPS corresponde 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. En el adecuado desenvolvimiento de un Servicio de Salud, al que compete la responsabilidad de un derecho tan esencial como es la salud de los usuarios, no es el paciente quien debe decidir el ámbito de las pruebas a realizar, ni la orientación diagnóstica de las mismas, lo que conlleva atribuirle una responsabilidad que no le corresponde. Es una responsabilidad del servicio sanitario, que no puede eludir aquellas actividades de indicación de pruebas en orden al diagnóstico, que han de ser realizadas por los profesionales del servicio de salud capacitados profesionalmente para ello. Esto es lo que, con palabras de la tantas veces citada sentencia de 10 de diciembre de 2008 , y el auto de 7 de julio de 2009 , que rechazó el incidente de nulidad contra la misma, garantiza «[...] esos derechos fundamentales de la persona [...] porque lo que se pretende con la anulación [del convenio] es que en la detección de las patologías y en la corrección de las mismas no puedan intervenir más que los facultativos que ostentan y poseen la cualificación profesional necesaria para ello [...] [y] corregido en lo pertinente el Convenio nada impide que el buen juicio de la Administración y del Colegio Profesional que convinieron, si lo estiman conveniente, puedan seguir ofreciendo esos servicios en los términos que la cualificación profesional del óptico-optometrista lo permite pero no más allá». En consecuencia, la sentencia aplica rectamente los arts. 2,4, y 7 de la LOPS, cuyo contenido en cuanto a las competencias de los ópticos no se puede desvincular, precisamente por el carácter multidisciplinar de la atención sanitaria, de la responsabilidad y competencias garantizadas a otros profesionales como son los médicos.

En definitiva, lo que niega la Sentencia de instancia, en línea con la jurisprudencia que invoca, es que se pueda derivar desde los centros de salud a los establecimientos de óptica a personas para su examen oftalmológico sin que previamente el facultativo del centro haya detectado una patología de esa naturaleza y que esa actividad de detección se deje en manos del óptico que si la descubre devolverá al paciente al centro de salud para que, a su vez, desde allí se le derive al especialista, el médico oculista u oftalmólogo.

En consecuencia, los dos últimos submotivos del primer motivo de casación han de ser rechazados, y con ello, debe declararse no haber lugar al recurso de casación.

SEXTO .- De conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la LJCA , tras la reforma por Ley 37/2011, atendida la fecha de interposición del recurso, al no haber lugar al recurso de casación, se hace imposición de costas a la parte recurrente, Colegio Nacional de Ópticos Optometristas, cuyo importe, por todos los conceptos, no puede superar la cantidad de seis mil euros.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- No haber lugar al recurso de casación núm. 954/2015, interpuesto por el Colegio Nacional de Ópticos Optometristas contra la sentencia núm. 20/2015, de 30 de enero, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que estimó el recurso núm. 739/2011 .

2.- Imponer las costas, en los términos previstos en el último fundamento, a la parte recurrente, Colegio Nacional de Ópticos Optometristas

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Rafael Toledano Cantero, estando la Sala celebrando audiencia pública lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ