

**T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00466/2013

SENTÈNCIA núm. 466

Il·lès. Srs. Palma, a 5 de juny de 2013

PRESIDENT:

Gabriel Fiol Gomila.

MAGISTRATS:

Pablo Delfont Maza.

Carmen Frigola Castellón. ----- VISTES per la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears les actuacions número 524 de 2011, dimanants del recurs contenciós administratiu seguit entre parts, d'una, com a demandant, el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, representat per la procuradora dels Tribunals Sra. Alemany Morell i assistit per l'advocat Sr. González Salinas, i, d'altra, com a Administració demandada, la de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, representada i assistida pel seu advocat. En la qualitat inicial de part codemandada han intervingut els Col·legis Oficials d'infermeria i de metges de les Illes, representats, respectivament, pels procuradors Sra. Ruys Van Noolen i Montada Segura.

L'objecte del recurs és el Decret 52/2011, de 20 de maig, pel qual es regula l'actuació del personal d'infermeria en l'àmbit de la prestació farmacèutica del sistema sanitari públic, dictat pel conseller de Salut i Consum del Govern Balear.

La quantia es fixà en indeterminada.

El procediment seguit ha estat el del tràmit previst a la Llei Jurisdiccional 29/1998.

L'Il·lm. Sr. Gabriel Fiol i Gomila, President de la Sala, en qualitat de magistrat ponent, expressa el parer del Tribunal.

= ANTECEDENTS DE FET =

1r.- Interposat el recurs en el termini prefixat en la Llei Jurisdiccional se li donà el tràmit processal adequat, ordenant-se reclamar l'expedient administratiu i anunciar la seva incoació.

2n.- Rebut l'expedient administratiu es va posar de manifest en Secretaria a la part recurrent perquè formalitzés la demanda. La referida demanda fou deduïda dins el termini legal al·legant-se en ella els fets i fonaments de dret que s'estimaren necessaris en ordre a les seves pretensions i interessant de la Sala que es dictés sentència estimatòria del recurs per ser contraris a l'ordenament jurídic els actes administratius impugnats.

3r.- Donat trasllat de l'escrit de demanda a la representació de l'Administració demandada perquè la contestés, així ho va fer en temps i forma, oposant-se a ella i suplicant que es dictés sentència confirmatòria dels actes administratius recorreguts, prèvia la seva declaració d'inadmissibilitat. També varen contestar les postulacions de les dues parts codemandades, si més no, però, la del Col·legi oficial de metges de les Illes, va interessar l'estimació del contenciós adherint-se a la demanda formulada.

4r.- Per provisió es declarà conclosa la discussió escrita ordenant-se portar les actuacions a la vista, amb citació de les parts per a sentència, acordant que aquestes formularan les conclusions per escrit; cosa que així varen fer, i s'assenyalà a continuació, per a la votació i decisió, el dia 14 de maig de 2013.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.- Hem assenyalat a l'encapçalament, que la revisió jurisdiccional ho era del Decret 52/2011, de 20 de maig, pel qual es regula l'actuació del personal

d'infermeria en l'àmbit de la prestació farmacèutica del sistema sanitari públic, dictat pel conseller de Salut i Consum del Govern Balear.

Com a precisió inicial, abans de donar resposta al debat, calgui dir que el Tribunal no té per formulades les alegacions del Col·legi oficial de metges de les Illes Balears que es va presentar a les actuacions en qualitat de part codemandada i que, després, a l'hora de contestar la demanda, va mostrar una postura totalment coincident amb la part actora, el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, adherint-se al contingut i a la pètica de la demanda. Pretensió que no era, ni molt menys, possible, donats els termes de l'article 21.2.b) de la Llei reguladora de la jurisdicció. Si potser amb la Llei de 27 de desembre de 1956, emparada en un criteri distint, hi figurés el coadjuvant com a titular d'interessos legítims, ara, la nova Llei de 1998, amb les successives reformes que se'n anat produint, no ho contempla.

Amb aplicació d'una tècnica jurídica processal correcta, el Tribunal havia d'haver rebutjat *ad limine* l'entrada en el procés de la referida part. Ara bé, observat, després, quin era el seu interès en el contenciós pels escrits de contestació - que no és pot entendre com a tal - i de conclusions, la Sala ho esmena i l'aparta del debat sense cap més consideració.

SEGON.- La part demandada, Comunitat Autònoma de les Illes Balears, va plantejar causa d'inadmissibilitat a l'hora de contestar a la demanda. Veiem: Era, i és, el tema relatiu al que suposa la falta d'aportació dels documents que acreditin el compliment dels requisits exigits per interposar accions, les persones jurídiques d'acord amb els seus estatuts. Defecte de procedibilitat derivat de la falta d'aportació dels documents exigits per l'article 45.2.d) de la Llei reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa 29/1998, de 13 de juliol, que en paraules de la doctrina jurisprudencial s'expandeixen a la decisió de litigar per part de les persones jurídiques i els estatuts. En definitiva, falta d'acreditació de la voluntat de l'entitat, persona jurídica, per recórrer.

La part actora ho va esmenar en temps i forma. En conseqüència, ha superat l'escull que com entrebanc s'intercalava. Rebutgem la causa d'inadmissibilitat.

TERCER.- El plantejament de la part actora envers la pretensió d'anul·lació del Decret 52/2011 parteix de les consideracions següents: Primera, la infracció del principi de competència entre l'Estat i les Comunitats Autònomes en matèria de sanitat, exercici professional i títols acadèmics i professionals (articles 140.1, 16 i 30 de la Constitució), la qual cosa suposa, en el seu parer, la nul·litat absoluta; segona, la infracció de la regulació legal sobre la delimitació de les professions sanitàries, i més en concret dels articles 2, 4, 6 i 7 de la Llei d'ordenació de les professions sanitàries, 77 i disposició addicional dotzena de la Llei 29/2006, de 26 de juliol i infracció del principi de reserva legal; tercera, la vulneració dels límits substantius de la potestat reglamentària, la interdicció de l'arbitrarietat, les tècniques de la discrecionalitat i la matèria reglamentària; i, com a quarta qüestió assenyala, dins el cos de la seva demanda, que ad cautelam es plantegi la possible inconstitucionalitat de l'article 77.1 3r paràgraf i disposició addicional dotzena de la Llei del medicament.

A la pètitja tan sols formula dues pretensions, a saber, primera, que es declari la nul·litat, anul·li o revoqui, deixant-lo sense efecte, el Decret impugnat i, segona, que es declari la nul·litat dels articles 2, 3 i 5. Pètitja sorprenent, ja que la segona no la formula amb caràcter subsidiari, sinó que, i ho sembla així per la seva redacció, principal; ergo, és evident, que si s'accepta la primera petició, la declaració de nul·litat o anul·lació del Decret, aquesta arrossegaria, de forma indefectible, a la segona. Res pretén, en canvi, sobre la quarta de les qüestions plantejades a la demanda i relacionada amb la possible inconstitucionalitat de l'article 77.1 3r paràgraf i disposició addicional dotzena de la Llei del medicament. Curiosament, a les conclusions escrites ens fa, altra vegada, referència a ella i se'ns diu que es torna a plantejar, obviant que no s'havia fet a la pètitja de la demanda. En qualsevol cas, independentment de les presents disquisicions, el Tribunal estima que forma part del debat i en donarà deguda resposta.

QUART.- L'objecte del Decret 52/2011, segons el seu article 1, és el de regular les actuacions específiques del personal d'infermeria en l'àmbit de la prestació farmacèutica del sistema sanitari públic de les Illes Balears.

Doncs bé, i d'aquí l'existència del present debat, la part actora estima que amb ell, el Decret, s'atorga als infermers la potestat o facultat professional d'ordenar que es dispensin medicaments per les oficines de farmàcia; en altres paraules,

afirma: "...les faculta para prescribir, lo que a su vez requiere un diagnóstico previo, para lo que hoy no estarían habilitados según la LOPS. El Decreto impugnado así lo permite en distintas de sus normas...". A continuació, per avalar la referida argumentació, cita i transcriu part dels articles 2, 3.2, 5.1 i 5.2. Com a colofó afirma: "No puede, por lo tanto, negarse que el Decreto habilita a los enfermeros a prescribir, con lo que ello supone de que antes de la prescripción diagnostiquen (sic) y después ordenen la dispensación, competencia profesional que no la tienen atribuida por Ley".

Veiem, aleshores, la redacció dels citats preceptes:

L'article 2 s'encapçala amb la següent llegenda: "Actuacions del personal d'infermeria del sistema sanitari públic de les Illes Balears" i, a continuació, disposa:

"En acomplir la seva actuació professional, el personal d'infermeria del sistema sanitari públic de les Illes Balears pot dur a terme les actuacions següents:

a) Usar i indicar els medicaments que, d'acord amb la normativa vigent, no estiguin subjectes a prescripció mèdica i, en aquest cas, autoritzar que siguin dispensats amb càrrec a la prestació farmacèutica del sistema sanitari públic de les Illes Balears als pacients dels quals tinguin cura i que hi tinguin dret, en les condicions que s'estableixen en aquest Decret.

b) Usar i indicar els productes sanitaris inclosos en la prestació farmacèutica del sistema sanitari públic de les Illes Balears i, en aquest cas, autoritzar que siguin dispensats als pacients dels quals en tinguin cura i que hi tinguin dret, en les condicions que s'estableixen en aquest Decret".

L'article 3 referit al "ús i indicació de medicaments no subjectes a prescripció mèdica i productes sanitaris" preveu el següent:

"2. El personal d'infermeria del sistema sanitari públic de les Illes Balears pot autoritzar que els serveis de farmàcia dels centres assistencials corresponents i les oficines de farmàcia, si pertoca, dispensin els medicaments i productes

sanitaris inclosos en la prestació farmacèutica del sistema sanitari públic de les Illes Balears als pacients que hi tinguin dret”.

A la vegada, l'article 5, que parla de l'Ordre infermera de dispensació a les oficines de farmàcia, disposa:

“1. L'ordre infermera de dispensació - impresa en paper o en format digital i suport informàtic - és el document oficial del sistema sanitari públic de les Illes Balears emès per algun dels professionals de la infermeria - en les condicions establertes en el Reial decret 1718/2010, de 17 de setembre, i en aquest Decret - amb el qual autoritza les oficines de farmàcia la dispensació dels productes sanitaris i dels medicaments que no estiguin subjectes a prescripció mèdica, amb càrrec a la prestació farmacèutica del sistema sanitari públic de les Illes Balears i per a pacients que hi tinguin dret.

2. El contingut de l'ordre infermera de dispensació ha de quedar registrat en la història clínica del pacient, en un full de tractament únic, i ha de ser compartit pels professionals que l'atenen”.

L'exposició de motius del Decret 52 de 2011, en referència a la normativa bàsica estatal, assenyala, que l'article 77.1 de la Llei 29/2006, de 26 de juliol, de garanties i ús racional dels medicaments i productes sanitaris, modificat per la Llei 28/2009, de 30 de desembre, faculta el personal d'infermeria perquè, de forma autònoma, puguin indicar, usar i autoritzar la dispensació de medicaments no subjectes a prescripció mèdica i els productes sanitaris, mitjançant la corresponent ordre de dispensació.

Precisament, el citat article 77.1, ens diu que:

“La receta médica, pública o privada, y la orden de dispensación hospitalaria son los documentos que aseguran la instauración de un tratamiento con medicamentos por instrucción de un médico, un odontólogo o un podólogo, en el ámbito de sus competencias respectivas, únicos profesionales con facultad para recetar medicamentos sujetos a prescripción médica.

Sin perjuicio de lo anterior, los enfermeros, de forma autónoma, podrán indicar, usar y autorizar la dispensación de todos aquellos medicamentos no sujetos a prescripción médica y los productos sanitarios, mediante la correspondiente orden de dispensación.

El Gobierno regulará la indicación, uso y autorización de dispensación de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica por los enfermeros, en el marco de los principios de la atención integral de salud y para la continuidad asistencial, mediante la aplicación de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial, de elaboración conjunta, acordados con las organizaciones colegiales de médicos y enfermeros y validados por la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud.

El Ministerio de Sanidad y Política Social con la participación de las organizaciones colegiales, referidas anteriormente, acreditará con efectos en todo el Estado, a los enfermeros para las actuaciones previstas en este artículo”.

Resta clar, ja, de la lectura del abans citats articles del Decret i de la Llei, que en aquell es regulen les actuacions dels infermers en relació als medicaments no subjectes a prescripció mèdica. Fins i tot, l'article 6, es refereix a les condicions de la dispensació o lliurament, respectuós amb el contingut dels requisits continguts amb els articles que el precedeixen del Decret.

CINQUÈ.- Pel que fa a la possible infracció del principi de competència entre l'Estat i les Comunitats Autònomes en matèria de sanitat, exercici professional i títols acadèmics i professionals (articles 140.1, 16 i 30 de la Constitució), calen prendre en compte els articles 149.1.16è de la Constitució i l'article 30.48 de l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears - Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer -. També, és important, referir-nos a l'article 31.4 d'aquesta última norma que preveu que en el marc de la legislació bàsica de l'Estat, correspon a la Comunitat Autònoma el desenvolupament legislatiu i l'execució entre d'altres matèries, la salut i la sanitat i formació sanitària especialitzada.

Si cohonestem els títols competencials amb el que és, pròpiament, l'objecte del Decret, de regular les actuacions específiques del personal d'infermeria en l'àmbit de la prestació farmacèutica del sistema sanitari públic de les Illes Balears,

observem, no em tenim dubtes, que el reiterat Decret 52/2011, es troba immers dins la competència de desenvolupament legislatiu.

La seva exposició de motius se'n fa ressò que:

"L'apartat 48 de l'article 30 de la Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer, de reforma de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears, atribueix a la Comunitat Autònoma la competència exclusiva en l'organització, el funcionament i control dels centres sanitaris públics i dels serveis de salut; la planificació dels recursos sanitaris, la coordinació de la sanitat privada amb el sistema sanitari públic i la promoció de la salut en tots els seus àmbits, en el marc de les bases i la coordinació general de la sanitat; i l'ordenació farmacèutica, d'acord amb el que disposa el número 16 de l'apartat 1 de l'article 149 de la Constitució.

Altrament, en el marc de la legislació bàsica de l'Estat, l'article 31.4 de l'Estatut assigna a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears el desplegament legislatiu i l'execució en matèria de salut i sanitat.

Quant a la normativa bàsica estatal, l'article 77.1 de la Llei 29/2006, de 26 de juliol, de garanties i ús racional dels medicaments i productes sanitaris, modificat per la Llei 28/2009, de 30 de desembre, faculta el personal d'infermeria perquè, de forma autònoma, puguin indicar, usar i autoritzar la dispensació de medicaments no subjectes a prescripció mèdica i els productes sanitaris, mitjançant la corresponent ordre de dispensació.

Així, en aquest Decret es regula l'actuació del personal d'infermeria en l'àmbit de la prestació farmacèutica del sistema sanitari públic de les Illes Balears, per tal de desenvolupar les facultats que aquests professionals sanitaris tenen reconegudes per a la dispensació de medicaments i productes sanitaris no subjectes a prescripció mèdica".

En definitiva, no hi trobem cap tipus d'entrebanc perquè, en aquesta matèria, la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, pugui regular per via reglamentària, les actuacions dels infermers per usar i indicar medicaments no subjectes a prescripció mèdica. La norma reglamentària no entra en col·lisió amb la legislació bàsica.

SISE.- És evident que la matèria de que es tracta és susceptible de ser ordenada per mitjà de una norma reglamentària. De la seva redacció, del Decret en qüestió, no observem, i així ho afirmem, cap mena d'infracció del principi de reserva de llei. Aquesta es produiria si pel cas es volgués regular l'exercici d'una professió titulada com es preveu a l'article 36 de la Constitució. No n'és el cas, ni tan sols l'afecta de forma essencial.

Cal destacar, a més a més, l'existència del Decret 307/2009, de 21 de juliol, dictat per la Junta d'Andalusia. Decret avalat per la sentència núm. 2020 de 7 de desembre de 2010, dictada per la Sala contenciosa administrativa del Tribunal Superior de Justícia, seu de Granada. Decret força semblant amb el que està aquí sotmès a revisió jurisdiccional.

SETÈ.- Cal a dir, en relació a la pretesa, via escrit de demanda que no pas de la seva pètitia, qüestió d'inconstitucionalitat respecte a l'article 77.1. 3r. paràgraf i a la Disposició addicional 12ena. de la Llei 29/2006, de 26 de juliol, que l'article 163 de la Constitució Espanyola disposà:

"Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos".

Així també ho assenyala el paràgraf segon de l'article 35 de la Llei Orgànica del Tribunal Constitucional:

"El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, debiendo concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión".

La llunyana sentència del Tribunal Constitucional d'1 de juny de 1981, ja va dir que:

"la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de una ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución".

Això es deriva de la no concepció de la qüestió d'inconstitucionalitat com a una pretensió autònoma a sí mateixa, deslligada del seu plantejament en el procés concret, doncs, una altra solució seria un frau, per quan seria reconèixer, indirectament, legitimitat per interposar recurs d'inconstitucionalitat, si més no, per la via de les qüestions inconstitucionals, a altres persones i òrgans dels expressats a l'article 162.1.a) de la Constitució.

És requisit essencial, perquè hagi de ser plantejada, que la norma legal qüestionada, en realitat, pugui ser entesa com a contrària a la Constitució. Naturalment, aquesta és una facultat de discerniment jurídic confiada a l'òrgan jurisdiccional.

Doncs bé, per una banda, el 3r. paràgraf de l'article 77.1 de la referida Llei del medicament, preveu:

"El Gobierno regulará la indicación, uso y autorización de dispensación de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica por los enfermeros, en el marco de los principios de la atención integral de salud y para la continuidad asistencial, mediante la aplicación de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial, de elaboración conjunta, acordados con las organizaciones colegiales de médicos y enfermeros y validados por la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud".

I, per altra banda, la Disposició addicional 12ena., assenyala:

“El Gobierno regulará la indicación, uso y autorización de dispensación de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica, por los enfermeros, en el ámbito de los cuidados tanto generales como especializados y fijará, con la participación de las organizaciones colegiales de enfermeros y de médicos, los criterios generales, requisitos específicos y procedimientos para la acreditación de dichos profesionales, con efectos en todo el territorio del Estado, en las actuaciones previstas en el artículo 77.1.”

Ambdues redaccions són coherents amb la reforma operada per la Llei 28/2009, i, és més, i aquesta afirmació l'estimem força rellevant, la suposada inconstitucionalitat no abasta al contingut del Decret impugnat, és a dir, no li és aplicable, el qual ve referit, com ja s'ha indicat abans, a què els infermers pugin usar i indicar els medicaments que, d'acord amb la normativa vigent, no estiguin subjectes a prescripció mèdica.

Totes i cadascuna de les anteriors reflexions ens porten a la desestimació del recurs contenciós administratiu. És adequat a l'ordenament jurídic el Decret 52/2011, de 20 de maig, pel qual es regula l'actuació del personal d'infermeria en l'àmbit de la prestació farmacèutica del sistema sanitari públic, dictat pel conseller de Salut i Consum del Govern Balear.

VUITÈ.- No s'estimen mèrits per a una expressa imposició de costes processals de conformitat amb l'article 139 de la Llei Jurisdiccional.

VIST els articles esmentats i d'altres disposicions de caràcter general

DECIDIM

PRIMER.- DESESTIMAR el present recurs contenciós administratiu.

SEGON.- DECLARAR adequat a l'ordenament jurídic el Decret 52/2011, de 20 de maig, pel qual es regula l'actuació del personal d'infermeria en l'àmbit de la prestació farmacèutica del sistema sanitari públic, dictat pel conseller de Salut i Consum del Govern Balear.

TERCER.- No s'hi fa una expressa imposició de costes processals.

Contra la present hi cap recurs de cassació per a davant el Tribunal Suprem en el termini de 10 dies comptadors des de la notificació i conforme als requisits de forma que es preveuen a la Llei jurisdiccional 29/1998, de 13 de juliol.

Així per aquesta nostra sentència ho pronunciem, manem i signem.

PUBLICACIÓ.- Llegida i publicada que ha estat l'anterior sentència pel President d'aquesta Sala II-Im. Sr. Gabriel Fiol i Gomila ponent a aquest tràmit d'Audiència Pública, dono fe. El Secretari, rubricat.

Mensaje LexNet - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201310026963453	
Asunto	Comunicación del Acontecimiento 41: SENTENCIA 00466/2013 Est.Resolución:Publicada	
Remitente	Órgano Judicial	TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CONT-ADVO de Palma, Islas Balears [0704033001]
	Tipo de órgano	T.S.J. SALA DE LO CONTENCIOSO
Destinatarios	RUYS VAN NOOLEN, NANCY ROSALIA [137]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Baleares
Fecha-hora envío	11/06/2013 13:44	
Adjuntos	00008725902012070403300131.RTF(Principal)	
Datos del mensaje	Tipo procedimiento	PO
	Nº procedimiento	0000524/2011
	Detalle de acontecimiento	NOTIFICACION
	NIG	0704033320110101973

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
11/06/2013 15:08	RUYS VAN NOOLEN, NANCY ROSALIA [137]-Ilustre Colegio de Procuradores de Baleares	LO RECOGE	
11/06/2013 14:08	Ilustre Colegio de Procuradores de Baleares	LO REPARTE A	RUYS VAN NOOLEN, NANCY ROSALIA [137]-Ilustre Colegio de Procuradores de Baleares

(*) Todas las horas referidas por LexNet son de ámbito Peninsular.