

RECURSO CASACION Num.: 4956/2011

Votación: 17/07/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Enrique Lecumberri Martí

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: CUARTA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Ricardo Enríquez Sancho

Magistrados:

**D. Segundo Menéndez Pérez
D. Enrique Lecumberri Martí
D^a. Celsa Pico Lorenzo
D. Santiago Martínez-Vares García
D. Antonio Martí García**

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Julio de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, el recurso de casación número 4956/2011, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por D. Alejandro González Salinas, en nombre y representación del Il^{te}. Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, contra la sentencia de veinte de julio dos mil once, dictada por la Sección

Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, recaída en los autos número 331/2010.

Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida en este recurso de casación el Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España, representado por la Procuradora D^a. Cristina Matud Juristo y la Administración del Estado, Ministerio de Sanidad, a través del Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, en los autos número 331/2010, dictó sentencia el día veinte de julio de dos mil once, cuyo fallo era del siguiente tenor literal: "*Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso administrativo número 331/10, interpuesto por el CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE MEDICOS, representado por el Procurador de los Tribunales D. Alejandro González Salinas, contra la Orden SAS/1730/2010, de 17 de junio, del Ministerio de Sanidad y Política Social por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Enfermería Pediátrica; sin condena en costas*".

SEGUNDO.- La representación procesal de la actora preparó el recurso de casación el 6 de septiembre de dos mil once. En fecha veinte de septiembre de dos mil once la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación formulado, acordando el emplazamiento de las partes.

Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala, y formulado escrito de interposición por la representación procesal del recurrente, la Sección Primera acordó por Providencia de dieciséis de enero de dos mil doce la admisión del mismo, y se acordó la remisión de las actuaciones a la Sección Cuarta, que otorgó plazo de treinta días para la formalización del escrito de oposición.

TERCERO.- El Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados en Enfermería presentó escrito de oposición el 24 de abril de dos mil doce, en el que solicita la desestimación del recurso y confirmación de la resolución recurrida.

La Abogacía el Estado presentó escrito de oposición el 16 de abril de dos mil doce, en el que solicita la desestimación del recurso, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO.- Se acordó que las actuaciones quedaran pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se acordó para el día diecisiete de julio dos mil doce, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado los trámites establecidos por la ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **ENRIQUE LECUMBERRI MARTÍ,**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el presente recurso ha sido resuelta por la sentencia de instancia en el siguiente sentido:

<<Como razonábamos en nuestra reciente sentencia de 1 de diciembre de 2010, última en que esta Sala y Sección ha tratado cuestiones similares a la de autos, la Ley 44/2003 de 21 Noviembre de Ordenación de las profesiones sanitarias, que se afirma vulnerada, regula los aspectos básicos de las profesiones sanitarias tituladas en lo que se refiere a su ejercicio, a la estructura general de la formación de los profesionales, al desarrollo profesional de éstos y a su participación en la planificación y ordenación de las profesiones sanitarias (artículo 1 LOPS).

Define las profesiones sanitarias, tituladas y reguladas, como "aquellas cuya formación pregraduada o especializada se dirige específica y fundamentalmente a dotar a los interesados de los conocimientos, habilidades y actitudes propias de la atención de salud, y que están organizadas en colegios profesionales oficialmente reconocidos por los poderes públicos" (artículo 2 LOPS).

La Ley establece, por tanto, no solo el marco de las profesiones definiendo la regulación del ejercicio, sino que además estructura la formación pregraduada y especializada a fin de dotar a los interesados de conocimientos y habilidades competenciales. Es decir, el marco de la formación aparece vinculado a la regulación del ejercicio de las profesiones sanitarias, si bien se constituyen como ámbitos distintos en los que se pretenden objetivos distintos; a saber, la formación de un lado, y la distribución de competencias de cada de una de las profesiones sanitarias, de otro.

La regulación de la Orden aquí impugnada se circunscribe al aspecto de la formación especializada, no a la regulación de la profesión y las competencias que han de desarrollar cada uno de los profesionales implicados en los procesos sanitarios de promoción y recuperación de la Salud. La regulación no incide en el ejercicio, sino en la formación previa.

De este modo, la interpretación de la norma ha de hacerse en consonancia con lo establecido en la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, que prevén que cada una de las distintas profesiones se ejercen sin más limitaciones que las previstas en la ley y bajo el principio de coordinación y observancia de los aspectos multidisciplinarios. Así, el artículo 4.7. establece que " El ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica, sin más limitaciones que las establecidas en esta ley y por los demás principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y deontológico, y de acuerdo con los siguientes principios:

a) Existirá formalización escrita de su trabajo reflejada en una historia clínica que deberá ser común para cada centro y única para cada paciente atendido en él. La historia clínica tenderá a ser soportada en medios electrónicos y a ser compartida entre profesionales, centros y niveles asistenciales.

b) Se tenderá a la unificación de los criterios de actuación, que estarán basados en la evidencia científica y en los medios disponibles y soportados en guías y protocolos de práctica clínica y asistencial. Los protocolos deberán ser utilizados de forma orientativa, como guía de decisión para todos los profesionales de un equipo, y serán regularmente actualizados con la participación de aquellos que los deben aplicar. (...)".

A su vez, la propia ley prevé el ámbito de actuación de los titulados superiores, cuyo artículo 6.3 segundo dispone que estos profesionales desarrollarán las funciones que correspondan a su respectiva titulación, dentro del marco general establecido en el artículo 16.3 de esta ley.

El artículo 7 se dedica a los Diplomados sanitarios, dejando a salvo las competencias de otros profesionales: "1. Corresponde, en general, a los Diplomados sanitarios, dentro del ámbito de actuación para que les faculta su correspondiente título, la prestación personal de los cuidados o los servicios propios de su competencia profesional en las distintas fases del proceso de atención de salud, sin menoscabo de la competencia, responsabilidad y autonomía propias de los distintos profesionales que intervienen en tal proceso".

La delimitación de los ámbitos competenciales de cada profesional se remarca, de nuevo en el artículo 7.2., que reitera que " Sin perjuicio de las funciones que, de acuerdo con su titulación y competencia específica corresponda desarrollar a cada profesional sanitario, ni de las que puedan desarrollar otros profesionales, son funciones de cada una de las profesiones sanitarias de nivel Diplomado las siguientes:

a) Enfermeros: corresponde a los Diplomados universitarios en Enfermería la dirección, evaluación y prestación de los cuidados de Enfermería orientados a la promoción, mantenimiento y recuperación de la salud, así como a la prevención de enfermedades y discapacidades".

Por lo tanto, las competencias que en materia de diagnóstico pretende la formación especializada, no puede entenderse fuera del contexto formativo y de las normas que acabamos de exponer, que delimitan ámbitos de actuación reservados a cada profesional sanitario; o en palabras del artículo 7 de la LOPS "sin perjuicio de las funciones que, de acuerdo con su titulación y competencia específica corresponda desarrollar a cada profesional sanitario", y esta delimitación resulta determinante para rechazar la impugnación a los apartados concretos que refiere la demanda como reconocer capacidad de diagnóstico, ya que la interpretación obligada de los apartados 5.5. lleva a rechazar la atribución del diagnóstico como lo considera la actora, quedando simplemente en funciones de apoyo al mismo.

... Pasamos a analizar la imputación de la actora respecto a vulneración de la exclusividad en la prescripción de medicamentos.

Al respecto ha de señalarse que con independencia de resultar válidos los argumentos basados en la diferencia entre formación y atribución de competencias, ha de tenerse en cuenta sobre el particular la modificación en la regulación que ha traído la Ley 28/2009, de 30 de diciembre, de modificación de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, con entrada en vigor el día 1 de enero de 2010, es decir con anterioridad a la Orden impugnada, que en su artículo único. 2, modifica el artículo 77.1 estableciendo:

1. 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.

El mismo texto legal, establece en su Disposición Adicional Duodécima. "De la regulación de la participación de los enfermeros en el ámbito de los medicamentos sujetos a prescripción médica":

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 art. 77.1.

Así las cosas, habrá de estarse al desarrollo por el Gobierno de la previsión legal, y a los efectos de este contencioso señalar que no es de apreciar la pretensión de que se anulen los apartados relativos a la prescripción de medicamentos en el programa de formación, único que aquí interesa, que debe atender a cubrir las necesidades formativas derivadas del nuevo texto legal.

... La misma respuesta vamos a dar a los restantes motivos de impugnación.

Comenzando por el principio constitucional de la interdicción de arbitrariedad, el texto de la Orden justifica la singularidad de la formación que ha de dispensarse a esta especialidad, enmarcada por la población a la que se dirige con características tan singulares, sin que, con independencia de que determinados particulares puedan ofrecer dudas en cuanto a la necesidad de

exigencia formativa de sus profesionales, pueda considerarse que su contenido resulta irrazonable, principio que también mantiene la parte que ha sido conculcado, y que no es de apreciar.

Respecto a la desviación de poder, que el artículo 70.2 de la Ley de la Jurisdicción lo define como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, no pasa de ser una mera llamada al texto constitucional, pues con independencia de su tratamiento en las sentencias que cita la demanda, su aplicación al caso, al apreciar que bajo el subterfugio de regular el contenido de la formación especializada de Enfermería Pediátrica ha introducido entre las competencias profesionales una, la del diagnóstico, que no le es propia a la profesión de Enfermero sino a la de Médicos, no puede mantenerse de acuerdo con lo indicado en los fundamentos precedentes, aparte que, repetimos, no estamos ante una regulación de la profesión sino simplemente ante el programa de formación, por lo que difícilmente puede admitirse que la finalidad perseguida por la Orden sea la atribución de competencias, aumentando indebidamente las que tiene conferidas la Enfermería, que siempre requerirá una norma que podrá ser impugnada.

... Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso, sin que en la actuación de las partes se aprecie temeridad o mala fe a los efectos de imposición de costas, acorde con el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción>>.

SEGUNDO.- La parte recurrente articula los siguientes motivos de casación:

1.- Al amparo del artículo 88.1.d) LRJCA, por infracción de los artículos 2.2, 6.1, 6.2.a), 7.1, 7.2.a), 17.2.a), 19.1 y 21.1 de la Ley 44/2003 de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, así como artículos 1.2 y 7 del Decreto 450/2005 sobre especialidades de Enfermería. Se sustenta que dichos preceptos exigen una correspondencia entre la formación y el contenido de la profesión y la competencia para diagnosticar a un paciente sólo corresponde a los médicos. Por el contrario, la sentencia admite que los Enfermeros especialistas en geriatría puedan diagnosticar, siendo ésta una competencia de los médicos.

2.- Al amparo del artículo 88.1.d) LRJCA, por infracción del artículo 9.3 CE, considerando que la Orden impugnada determina una desregulación de la

profesión del médico y del odontólogo atacando su contenido específico y esencial.

3.- Al amparo del artículo 88.3 (Hay que entender 88.1.d) LRJCA), por desviación de poder. Se afirma que es un hecho probado que la ley no otorga competencia profesional de diagnóstico a los enfermeros y se critica que la sentencia permite a los enfermeros diagnosticar a los pacientes.

TERCERO.- Tal y como refleja la sentencia impugnada, la Orden de 17de junio de 2010, lo que regula es el programa formativo de la especialidad de Enfermería Pediátrica y, de ahí, se deduce una primera conclusión difícilmente rebatible, cual es que no se trata de una regulación de la competencia profesional de los Enfermeros, sino de su programa de formación en el ámbito específico de la Pediatría.

A partir de esta inicial conclusión es fácil compartir, con la sentencia impugnada, que se trata de dotar a los interesados de los conocimientos, habilidades y actitudes propias de la atención de salud y, así, se afirma -y debemos compartir- que la LOPS establece, por tanto, "no sólo el marco de las profesiones definiendo la regulación del ejercicio, sino que además estructura la formación pregraduada y especializada a fin de dotar a los interesados de conocimientos y habilidades competenciales. Es decir, el marco de la formación aparece vinculado a la regulación del ejercicio de las profesiones sanitarias, si bien se constituyen como ámbitos distintos en los que se pretenden objetivos distintos; a saber, la formación de un lado, y la distribución de competencias de cada una de las profesiones sanitarias, de otro. La regulación de la Orden aquí impugnada se circunscribe al aspecto de la formación especializada, no a la regulación de la profesión y las competencias que han de desarrollar cada uno de los profesionales implicados en los procesos sanitarios de promoción y recuperación de la Salud. La regulación no incide en el ejercicio, sino en la formación previa".

Y continúa la sentencia señalando que la Orden objeto de impugnación debe interpretarse en consonancia con la LOPS, la cual remarca de forma suficiente el ámbito competencial de cada profesión, como ocurre en su artículo 7, apartados 1 y 2 y ello también puede predicarse de la prescripción farmacológica, respecto de las cuales el programa formativo no atribuye competencia profesional. Y la sentencia resalta que una norma ya vigente, la

Ley 28/2009, de 30 de diciembre, modifica la normativa anterior en el sentido de admitir que los enfermeros y podólogos puedan participar en la prescripción de "determinados medicamentos", incorporándoles también en programas de seguimiento de determinados tratamientos, como cuestión "asumida en la práctica diaria de nuestro sistema sanitario".

En definitiva, la sentencia razona adecuadamente y con sustento en las normas que cita, la falta de virtualidad de los motivos de impugnación, por lo que no podemos apreciar que exista vulneración de los preceptos que se citan en el motivo primero del presente recurso de casación, tanto los referidos a la LOPS, como al Decreto 405/2005, que debe interpretarse en función de las normas de la LOPS y de la ley 28/2009. El motivo primero debe ser desestimado.

El motivo segundo tampoco puede prosperar, pues no se aprecia que exista vulneración -por lo ya señalado- del artículo 9.3 CE, al no rebasarse en forma alguna los límites de la facultad reglamentaria, lo que viene ligado también al motivo tercero, en cuanto la norma impugnada no otorga competencias profesionales, sino que regula el plan formativo para determinada especialidad enfermera, en consonancia con el cambio normativo que se plasma poco tiempo antes -conforme refleja la sentencia impugnada- de la Orden recurrida.

Entendemos que la sentencia da cumplida y razonada respuesta a las cuestiones planteadas y lo hace en términos que se ajustan a la propia normativa que ha sido objeto de análisis, lo que nos conduce a la desestimación de los motivos de impugnación y, con ello, a la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- De conformidad con lo establecido por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, si bien la Sala de acuerdo con lo establecido en el apartado tercero del citado precepto limita el importe máximo a percibir por los honorarios del Letrado del Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España y Abogacía del Estado a la cantidad de mil quinientos euros (1.500 €) cada uno.

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación en autos del Ilre. Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, contra la sentencia de veinte de julio dos mil once, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, recaída en los autos número 331/2010, con expresa condena a la parte recurrente de las costas de este recurso de casación dentro de los límites señalados en el fundamento jurídico cuarto de ésta, nuestra sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Enrique Lecumberri Marti, en audiencia pública celebrada en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.