ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección: CUARTA

SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 18/12/2012

RECURSO CASACION

Recurso Núm.: 829/2012

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Votación: 11/12/2012

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 4

Ponente: Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Escrito por: GSS

Nota:

SANIDAD. REGULACIÓN DE PROFESIONES SANITARIAS. ORDEN SAS/1.729/2.010 QUE APRUEBA Y PUBLICA EL PROGRAMA FORMATIVO DE LA ESPECIALIDAD DE ENFERMERÍA FAMILIAR Y COMUNITARIA. ESTUDIOS SOBRE DIAGNÓSTICO Y TRATAMIENTOS FARMACOLÓGICOS: NO INCIDE EN LA REGULACIÓN DE LA PROFESIÓN. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA (SENTENCIAS DE 6-6-2.012, RC 787/2.011, Y 23-7-2.012, RC 4.956/2.011).

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

RECURSO CASACION Num.: **829/2012**

Votación: **11/12/2012**

Ponente Excmo. Sr. D.: **Santiago Martínez-Vares García**

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

SENTENCIA

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

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. José Manuel Sieira Miguez

Magistrados:

D. Ricardo Enríquez Sancho
D. Segundo Menéndez Pérez
D. Enrique Lecumberri Martí
D. Santiago Martínez-Vares García

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Diciembre de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en Sección por los Excmos. Sres. Magistrados designados al margen, el recurso de casación 829/2.012, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE MÉDICOS, representado por el Procurador de los Tribunales Don Alejandro González Salinas, contra la sentencia de la Sección Cuarta, de la Sala de lo

Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de dieciocho de enero de dos mil doce, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 327/2.010.

Habiéndose personado en este recurso como partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, asistida y representada por el Sr. Abogado del Estado, el CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE DIPLOMADOS EN ENFERMERÍA, representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Cristina Matud Juristo, y el SINDICATO DE ENFERMERÍA SATSE, representado por el Procurador de los Tribunales Don Francisco Moreno Ponce.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida acuerda en su parte dispositiva desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos contra la Orden SAS/1.729/2.010, de 17 de junio, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Enfermería Familiar y Comunitaria.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia interpuso recurso de casación el mismo Consejo General recurrente en la instancia, con base en los siguientes motivos:

Primero: "*al amparo del artículo 88.1.d) de la LJ, infracción de las normas del Ordenamiento jurídico y de la Jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en concreto, infracción de los artículos 2.2, 6.1 y 6. 2.a), 7.1 y 2.a), 17.2.a), 19.1 y 21.1 de la Ley 44/2003 de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (...) y los artículos 1.2 y 7 del Real Decreto 450/2005 sobre especialidades de Enfermería*"

Segundo: "*al amparo del artículo 88.1.d) de la LJ, infracción de las normas del Ordenamiento jurídico y de la Jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en concreto, infracción de los principios generales del Derecho como límite sustantivo de la potestad reglamentaria, en concreto vulneración del principio constitucional de la interdicción de arbitrariedad, en su manifestación de la naturaleza de las cosas (art. 9.3 de la Constitución)*".

Tercero: "*desviación de poder*".

Y termina su escrito suplicando a la Sala que estime el recurso de casación, case y anule la sentencia recurrida y estime el recurso contencioso-administrativo 327/2.010 dictando sentencia de conformidad con los pedimentos de la demanda.

TERCERO.- Admitido el recurso, se dio traslado del mismo a las partes recurridas, que presentaron escrito de oposición solicitando su desestimación.

CUARTO.- Conclusas las actuaciones se señaló para votación y fallo del presente recurso el día once de diciembre de dos mil doce, fecha en que efectivamente han tenido lugar los referidos actos procesales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **SANTIAGO MARTÍNEZ-VARES GARCÍA**, Magistrado de la Sala que expresa la decisión del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mediante el presente recurso de casación el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos impugna la sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contencioso-administrativo que interpuso contra la Orden SAS/1.729/2.010, de 17 de junio, por la que se aprobó y publicó el programa formativo de la especialidad de Enfermería Familiar y Comunitaria.

El recurso forma parte de un conjunto de procesos abiertos por el mismo Consejo con el fin de obtener la anulación de las sucesivas Órdenes reguladoras de los programas formativos de las distintas especialidades de enfermería. Lo que se discute en todos esos recursos es, básicamente, si esos programas formativos de enfermería pueden incluir o no la competencia y capacidad para diagnosticar enfermedades, que para el Consejo de Médicos es una competencia exclusiva de los Médicos conforme a la Ley 44/2.003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias y a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo.

La Sala de este orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional, a la que por la procedencia de las resoluciones impugnadas corresponde la competencia para conocer en única instancia de los recursos que comentamos, viene desestimándolos fundamentalmente por entender que las Órdenes impugnadas ciñen su contenido a la formación especializada, y no

suponen por tanto regulación de la profesión y de las competencias de los profesionales de la salud, por lo que la regulación que contienen no incide en el ejercicio de la profesión sino en la formación previa. Y la sentencia aquí recurrida no es una excepción, pues se remite a las anteriores dictadas sobre la misma materia para mantener idéntica posición.

SEGUNDO.- Esas sentencias anteriores, resolutorias de los recursos contencioso administrativos interpuestos contra las Órdenes reguladoras de los programas formativos de las especialidades de Enfermería Geriátrica y Enfermería Pediátrica, ya han sido confirmadas por esta misma Sala y Sección en sentencias de 6 de junio de 2.012 (recurso de casación 787/2.011) y 23 de julio de 2.012 (recurso de casación 4.956/2.011).

Por esa razón, el Sr. Abogado del Estado solicita en su escrito de oposición la inadmisión del presente recurso de casación, alegando que "carece manifiestamente de fundamento" con invocación expresa del artículo 93.2.d) de la LJCA.

Pero la existencia de precedentes en recursos más o menos similares, o incluso idénticos, no da lugar a la causa de inadmisión alegada -carencia manifiesta de fundamento-; a lo sumo daría lugar a la prevista en el apartado c) del mismo precepto, por haberse desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales. Como explica la sentencia de 3 de mayo de 2.012 (recurso de casación 552/2.011), la jurisprudencia de esta Sala vincula la apreciación de la causa de inadmisión del artículo 93.2.d), carencia manifiesta de fundamento, "*a los escritos de interposición de los recursos de casación en los que el recurrente se limita a transcribir frente a la sentencia que recurre los argumentos utilizados en la instancia sin efectuar la oportuna crítica de la sentencia, o aquellos otros en los que no existe correlación entre el motivo o motivos del número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción que se invocan en el recurso y las infracciones que se denuncian frente a la sentencia que se impugna, o cuando se plantea una cuestión nueva que no se incluyó en la demanda en la instancia, o cuando lo que se pretende, planteado de un modo u otro en el escrito de interposición, es discrepar de la valoración de la prueba que efectuó la Sala de instancia*", pero no, como ocurría en aquel supuesto, cuando se alega que el recurso se basa en la infracción de una norma autonómica, ni, como ocurre ahora, cuando se han resuelto otros recursos análogos.

Como tampoco se aprecia la carencia manifiesta de fundamento invocada en segundo término por la misma representación procesal con base

en que el artículo 77.1 de la Ley 29/2.006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, prevé que los enfermeros puedan autorizar la dispensación de medicamentos. En primer lugar, porque ese inciso fue añadido a la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos por una Ley posterior a la Orden impugnada (Ley 28/2.009, de 30 de diciembre), como ya reconoce la sentencia de instancia (fundamento jurídico séptimo). En segundo lugar, porque no sólo se discute la competencia o aptitud para prescribir medicamentos, también la de diagnosticar enfermedades, que es una operación previa. Y en tercer lugar, porque no siendo el artículo 77 de la Ley 29/2.006 ninguno de los preceptos que se citan como infringidos en el recurso de casación interpuesto, no podemos excluir de entrada cualquier debate sobre la posible infracción de esos otros preceptos por la sentencia recurrida, algunos de los cuales son de rango constitucional y podrían dar lugar, en su caso y como mera hipótesis, a plantearse la validez de una norma con rango de Ley.

Como explicábamos al hilo de la primera petición de inadmisibilidad, la apreciación de carencia manifiesta de fundamento se reserva por este Tribunal para aquellos casos en los que por el modo de articularse el recurso de casación, éste deviene absolutamente improsperable. Esto es lo que justifica su inadmisión, porque huelga ya cualquier pronunciamiento sobre el fondo del asunto: cualquiera que sea éste no podría estimarse el recurso de casación. En este caso, sin embargo, lo que se pretende es que este Tribunal omita el debate de fondo (en realidad, lo prejuzgue), porque a una de las partes recurridas le parece infundado. Pero una decisión así podría socavar el derecho de defensa, pues como recuerda la doctrina constitucional deben evitarse las decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo, o por cualquier otra razón, impliquen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican (por todas, STC 11/2.009, de 12 de enero).

TERCERO.- Dicho esto, lo que sí es cierto es que una vez examinado el recurso interpuesto, éste no plantea ninguna cuestión nueva respecto a esos otros anteriores. Por lo que, teniendo en cuenta que la "ratio decidendi" de la sentencia recurrida es la misma que las examinadas en esos otros recursos de casación; que los motivos de casación aducidos en este caso por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos son asimismo idénticos a los planteados en esos otros recursos; y, por fin, que las partes enfrentadas son también las mismas en este recurso que en los anteriores -a excepción del

sindicato SATSE, personado en este recurso pero no en los otros, aunque conocedor de esos precedentes como muestra su escrito de oposición-; teniendo en cuenta todo ello, repetimos, basta con reproducir a continuación las razones que nos llevaron en aquellos casos a desestimar los recursos de casación interpuestos por el mismo recurrente para fundamentar la desestimación de este.

Decíamos en la sentencia de 23 de julio de 2.012, refiriéndonos a la Orden que regula el programa formativo de Enfermería Pediátrica (y reproduciendo lo vertido previamente en la sentencia de 6 de junio anterior):

"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.- La desestimación del presente recurso de casación hace que de conformidad con lo establecido en el artículo 139.2 de la LJCA deban imponerse las costas causadas al recurrente. Si bien la Sala, haciendo uso de la facultad moderadora que le otorga el apartado 3 del mismo precepto, establece en 3.000 euros la cantidad máxima que puede reclamarse en concepto de honorarios de Letrado (1.000 para cada parte recurrida), teniendo en cuenta la entidad del debate planteado y la extensión y contenido de los escritos presentados.

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD

EL REY

Y POR LA POTESTAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN

F A L L A M O S

NO HA LUGAR al recurso de casación **número 829/2.012** interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos contra la sentencia de la Sección Cuarta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de dieciocho de enero de dos mil doce, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 327/2.010, que queda firme; con expresa

condena de las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, dentro de los límites señalados en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García, en audiencia pública celebrada en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.

Mensaje LexNet - Notificacion

Mensaje

IdLexNet	201210016363510	
Asunto	Resolucion	
Remitente	**Organo Judicial**	TRIBUNAL SUPREMO CONTENCIOSO/ADMTVO. SALA 3A. SECCION 4A. de Madrid, Madrid [2807913004]
	Tipo de órgano	T.S. SALA DE LO CONTENCIOSO
	Oficina de registro	TRIBUNAL SUPREMO OF.REG. Y REPARTO CONTENCIOSO/ADMTVO. [2807913000]
Destinatarios	MATUD JURISTO, CRISTINA [1828]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
Fecha-hora envio	20/12/2012 12:13	
Adjuntos	00004089332012280791300432.RTF(Principal)	
Datos del mensaje	**Tipo procedimiento**	008
	Nº procedimiento	0000829/2012
	Detalle de acontecimiento	NOTIFICACION
	NIG	2807913320120001515
	Corrección a escrito	**No**

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
20/12/2012 18:20	MATUD JURISTO, CRISTINA [1828]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid	LO RECOGE	
20/12/2012 12:36	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid	LO REPARTE A	MATUD JURISTO, CRISTINA [1828]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid

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