

Roj: SAN 3752/2011  
 Id Cendoj: 28079230042011100412  
 Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
 Sede: Madrid  
 Sección: 4  
 Nº de Recurso: 331/2010  
 Nº de Resolución:  
 Procedimiento: CONTENCIOSO  
 Ponente: TOMAS GARCIA GONZALO  
 Tipo de Resolución: Sentencia

## **SENTENCIA**

Madrid, a veinte de julio de dos mil once.

La Sala constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el 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; habiendo sido parte en las presentes actuaciones, además de la actora, como demandados la Administración General del Estado,

representada por la Abogacía del Estado, el Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España, representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. Cristina Matud Juristo, y el Sindicato de Enfermería SATSE, representado por el Procurador D. Francisco Moreno Ponce.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** Interpuesto el recurso, tras los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora para que en el término de veinte días formalizase la demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito presentado el 10 de diciembre de 2010 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estima aplicables, recaba sentencia por la que:

*" 1. Se declare la nulidad, anulo o revoque y deje sin efecto la Orden impugnada y, en concreto los apartados 3; 4.2; 5.5.1.11 y 14; 5.5.2.11; 5.5.3.11 y 19 del Anexo de la Orden impugnada, que se transcriben en la primera pretensión anulatoria, apartado 1 de los fundamentos jurídico-materiales del presente escrito de demanda*

*2- Y se arbitren las medidas que fueren necesarias para restablecer la situación jurídica perturbada "*.

**SEGUNDO** El Abogado del Estado, el Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España, y el Sindicato de Enfermería SATSE, por su orden, contestaron la demanda en escritos en los que, tras exponer los Hechos y Fundamentos de derecho que estimaron procedente, recaban sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto y se confirme la resolución impugnada, y el primeramente citado recabó expresa imposición de las costas a la demandante.

**TERCERO** Se ha conferido traslado a las partes para que, por su orden, presentaran escritos de conclusiones; trámite que han efectuado con el resultado que obra en autos.

La cuantía del procedimiento es indeterminada.

Se ha señalado el día trece del actual mes y año para votación y fallo, en cuya fecha ha tenido lugar.

Ha sido **PONENTE** el Magistrado Ilmo. Sr. D. TOMAS GARCIA GONZALO, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** La parte actora en los **Hechos del escrito de demanda** concreta la resolución impugnada y hace referencia a irregularidades formales y a la finalidad de los vocales de la Comisión Delegada de Enfermería del Consejo Nacional de Especialidades en Ciencias de la Salud de aumentar la competencia Profesional de los Enfermeros Pediátricos, a través del contenido del programa de formación.

En los **Fundamentos de Derecho** opone tres pretensiones:

Primera: Infracción de los *artículos 2.2, 6.1 y 2.a), 7.1 y 2a), 19.1 y 21.2 de la Ley 44/2003 de 21 de noviembre de Ordenación de las Profesiones sanitarias y artículos 1.2 y 7 del Decreto 450/2005, de 22 de abril*, sobre especialidades de Enfermería, en cuanto a que la competencia y capacidad para conocer y diagnosticar si un paciente está enfermo corresponde únicamente a los Médicos. Argumenta que en el Anexo de la Orden si bien no se han encontrado referencias concretas al diagnóstico separado de los propios cuidados de enfermería sí se observan referencias a las competencias, considerando que el objetivo general del programa es que al concluir el periodo formativo de dos años la enfermera residente haya adquirido las competencias profesionales que ha relacionado con anterioridad, y como manifestación del diagnóstico la exclusividad en la prescripción de medicamentos.

Segunda: 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.

Tercera: Desviación de poder.

**SEGUNDO** Comienza el escrito de demanda en su Hecho primero refiriendo irregularidades en la tramitación del procedimiento, mas lo hace sin extraer sus concretas consecuencias. Así, señala en primer lugar, con remisión al folio 45 del expediente administrativo, que la Comisión Permanente del Consejo Nacional de Especialidades en Ciencias de la Salud se ha limitado a informar favorablemente el programa presentado de la Especialidad de Enfermería Pediátrica, mas ni siquiera argumenta si con ello se ha incumplido lo ordenado en algún precepto legal. Igual acaece con la denunciada carencia en el expediente de las observaciones formuladas por algunas Comunidades, haciéndose eco del informe del Secretariado de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud (folio 50 del expediente), observaciones que según dicho informe han sido tomadas en consideración en la redacción definitiva, pero lo hace sin argumentar sobre la trascendencia de tales observaciones, ni solicitar caso de desconocerlas y estimarlo necesario el recibimiento del recurso a prueba y en su momento la propuesta de los concretos medios, para justificar su contenido y en que forma puede constituir un motivo para anular la Orden.

Por último, la idea que puedan tener los vocales de la Comisión Delegada de Enfermería del Consejo Nacional de Especialidades en Ciencias de la Salud, folios 46 a 49, y los motivos que persigan, no puede conllevar el éxito de la impugnación de una Orden de la titular del Departamento, ni se razona en que modo puede recabarse tal consecuencia.

**TERCERO** Despejados los aspectos formales, indicar que como bien señala la Sra. Abogado del Estado, la problemática de este contencioso gira en torno a las competencias entre la medicina y la enfermería pediátrica, cuando no estamos ante la regulación de profesiones, sino que nos hallamos ante un programa formativo de la especialidad, asistencia pediátrica, que en el caso de los médicos se denomina "pediatría" y en el de la enfermería "enfermería pediátrica", y si bien las atribuciones de la profesión se fijan por **Ley**, esta reserva legal no se extiende a la elaboración de los programas formativos, que determina los conocimientos exigibles.

Esta Sala ha dictado diversas sentencias respecto a cuestiones similares, y ha dispensado la respuesta en virtud de argumentos que también en este caso resultan válidos. Así, en nuestra sentencia de 30 de septiembre de 2009, en que se impugnaba el programa formativo de la especialidad de Medicina Física y Rehabilitación, siendo recurrente el Colegio Oficial de Fisioterapeutas, recogíamos en sus fundamentos de derecho:

*TERCERO Entrando en el fondo, la Sala comparte los argumentos esgrimidos por los demandados en sus escritos de contestación, ya que la pretensión contenida en la demanda es obtener la anulación de la Orden Ministerial sobre la base de una infracción encubierta del principio constitucional de reserva de **Ley**, en cuanto a través del mismo se están invadiendo competencias profesionales, con vulneración de los principios de legalidad, reserva de **ley** y jerarquía normativa, así como conceptos jurisprudenciales consolidados en este específico ámbito profesional, como son los de exclusividad e independencia, o el de ejercicio compartido o concurrente de las profesiones o especialidades que puedan estar implicadas en la "atención sanitaria integral", y tales conculcaciones no se aprecian, como no se aprecia que el programa formativo aprobado conlleve el intento de atribuir a la Especialidad funciones en detrimento de los fisioterapeutas. A este efecto resulta relevante el resultado de la pericial, que posteriormente comentaremos.*

*Como bien señala el representante de la Administración, no nos encontramos ante la aprobación de "estatuto" de la especialidad médica ni ante la delimitación de las funciones y competencias que deben ejercerse por los especialistas en Medicina Física y Rehabilitación, sino ante la fijación de la formación previa que deben adquirir para obtener esa especialidad, y si temen que una indebida extensión del programa formativo sobre concretos apartados puede ser utilizada en el futuro para atribución de competencias en su perjuicio, será entonces cuando podrán reaccionar ante la norma, actuación de futuro que no tiene cabida en este contencioso. Sobre el particular recaen destempladas descalificaciones y presunciones en la actuación de terceros, que no resultan procedentes.(...).*

*CUARTO La parte actora en sus conclusiones, tras su práctica inactividad en el periodo de prueba, mantiene que la Orden impugnada está atribuyendo competencias, mas de las citas hechas en tal sentido la Sala no aprecia tal atribución, atendidos los términos genéricos en que se pronuncia, sin que en ninguno de ellos se ofrezca una argumentación que permita constatar que competencia concreta atribuye, y el efecto de la misma respecto a las que puedan tener los Fisioterapeutas .*

*En el mismo sentido, en nuestra sentencia de 12 de mayo de 2010 , añadíamos: CUARTO De la doctrina expuesta, se desprende que no puede prosperar la impugnación de un programa formativo por el hecho de que cualquier aspecto del mismo pueda suscitar dudas de su necesidad o conveniencia, o que aparezca de forma diáfana que tal aspecto deba formar parte del programa incluido en otra Especialidad médica, de modo que, en principio, solo lo que viniera a constituir una manifestación de inclusión totalmente inapropiada procedería rectificar. Añadir que a estos efectos resulta necesario facilitar una cuidada prueba, fundamentalmente pericial, que ponga en evidencia su manifiesta improcedencia, incluso la presunción lógica de que su finalidad es conseguir que a través de esta extensión de conocimientos exigidos la finalidad realmente pretendida es desbordar de futuro los cauces de la competencia de la especialidad concreta, pues no podemos ignorar que, en principio, un mayor conocimiento de las materias propias y de las afines, incluso de las simplemente relacionadas con estas, viene a dispensar posibilidades de una mejor actuación al profesional de la Especialidad que las posee. (...).*

*Los anteriores argumentos resultan acordes con los ya expuestos por el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de mayo de 2007, recaída en el recurso contencioso administrativo 63/2004 , a cuya sentencia se remite la representación del Sindicato de Enfermería SATSE en su escrito de contestación a la demanda, transcribiendo literalmente: ... Y aunque esta Sala no pueda hacer reproche alguno al análisis detallado que de la profesión de enfermería hace el recurrente y tenga que admitir también de acuerdo con sus alegaciones y la prueba practicada, que buena parte de los conocimientos que el Real Decreto impugnado prevé para los técnicos de transporte sanitario estén o puedan estar incluidos en lo que la Ley 44/2003 define como cuidados de enfermería, sin embargo de acuerdo además con las alegaciones del Abogado del Estado, no se puede aceptar la conclusión de nulidad a que llega el recurrente respecto a los aspectos impugnados del Real Decreto 295/2004 , pues este Real Decreto, como de su artículo 1 se infiere tiene por objeto aprobar determinadas calificaciones profesionales que se incorporan al catalogo modular de formación profesional, y que tiene validez y son de aplicación en todo el territorio nacional y no constituyen regulación de ejercicio profesional, según literalmente el precepto dispone, y por tanto no cabe aceptar ni entender que la norma impugnada esté haciendo una regulación profesional ni invadiendo la profesión de enfermería, pues se está limitando a otorgar a unas determinadas personas unos conocimientos en una materia determinada, sin hacer precisión alguna sobre el ejercicio de profesión. (...).*

**CUARTO** 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.

**QUINTO** 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.

**SEXTO** 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.

**SEPTIMO** 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* .

VISTOS los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación.

## **FALLAMOS**

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.

Al notificarse la presente sentencia se hará a las partes la indicación de que contra la misma pueden interponer recurso de casación ordinario

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Publicada la anterior sentencia en la forma acostumbrada. Madrid a