



3021

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
Sección: CUARTA

SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 20/03/2012

REC.ORDINARIO(c/d)

Recurso Núm.: 231/2011

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Votación: 13/03/2012

Procedencia: CONSEJO DE MINISTROS

Ponente: Excma. Sra. D^a. Celsa Pico Lorenzo

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. D^{ña}. María Josefa Oliver Sánchez

Escrito por: PMS

Nota:

REAL DECRETO 1718/10. RECETA MÉDICA Y ÓRDENES DE DISPENSACIÓN.



REC.ORDINARIO(c/d) Num.: 231/2011

Votación: 13/03/2012

Ponente Excmo. Sra. D^a.: Celsa Pico Lorenzo

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

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

SENTENCIA

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

En la Villa de Madrid, a veinte de Marzo de dos mil doce.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 231/11 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Rosalía Jarabo Sancho en nombre y representación del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid, contra el Real Decreto 1718/10 de 17 de



diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación. Ha sido parte recurrida la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado, el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Mercedes Revillo Sanchez y el Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España representada por el Procurador de los Tribunales D. Enrique de Antonio Viscor.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid, se interpuso recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, publicado en el BOE de 20 de enero de 2011, el cual fue admitido por la Sala y reclamado el expediente administrativo, una vez recibido se entregó a la recurrente, para que formalizase la demanda dentro del plazo de veinte días, lo que verificó con el oportuno escrito en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala que se declare nulo y contrario a derecho el Real Decreto recurrido en los preceptos indicados en los motivos de recurso.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado se opuso a la demanda con su escrito en el que, después de exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala que se desestime el recurso. Petición a la que se adhiere la representación del Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España,

La representación procesal del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos no presentó escrito de oposición, por lo que se le tuvo por caducado en el referido trámite.

TERCERO.- Por providencia de 10 de febrero de 2012 se señaló para votación y fallo el 13 de marzo de 2012, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. **CELSA PICO LORENZO**,
Magistrada de la Sala



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presentación procesal del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid interpone recurso contencioso administrativo 231/2011 contra el Real Decreto 1718/10 de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación interesando la nulidad de los arts. 4.3 y 14.4.

4.3. Las entidades, establecimientos o servicios a los que se refiere el apartado 1 del artículo 2 y los consejos generales de las organizaciones colegiales corporativas de médicos, odontólogos, podólogos y enfermeros con actividad privada y/o libre ejercicio profesional, serán responsables de la edición, gestión, control e inspección de la impresión, distribución y entrega de sus talonarios e impresos de recetas médicas y órdenes de dispensación. Asimismo, adoptarán cuantas medidas resulten necesarias con el fin de evitar o corregir cualquier fraude, abuso, corrupción o desviación en esta materia.

14.4. Los tratamientos prescritos al paciente en receta médica privada electrónica podrán ser dispensados en cualquier oficina de farmacia del territorio nacional. Para garantizar este derecho a los pacientes, se establecerá por los consejos generales de las organizaciones colegiales corporativas de médicos, odontólogos, podólogos, enfermeros y farmacéuticos en coordinación con las Administraciones sanitarias, el procedimiento de homologación del sistema de receta privada electrónica que posibilite su interoperabilidad, preservando el derecho del paciente a la protección de los datos de su historia clínica, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 11 de este real decreto y garantizando asimismo el cumplimiento de los requisitos obligatorios para las recetas médicas establecidos en esta disposición.

1. Aduce vulneración de los arts. 5.1. y DA Tercera de la Ley 2/1974, de 13 de febrero de Colegios profesionales al entender que las funciones enumeradas en los mismos se ven afectadas por la prescripción médica.

Mantiene que es a los Colegios profesionales, o en todo caso a las organizaciones colegiales definidas en la Disposición adicional tercera de la Ley 2/1974 (el conjunto del Consejo General de Colegios, los Consejos Autonómicos de Colegios y los Colegios Profesionales), nunca solo a los consejos generales de las organizaciones colegiales corporativas, a quienes corresponde legalmente la responsabilidad sobre la receta en papel, sobre su edición, gestión, control e inspección de la impresión, distribución y entrega de los talonarios e impresos, así como sobre las medidas a adoptar que resulten necesarias con el fin de evitar o corregir cualquier fraude, abuso, corrupción o desviación en esta materia, y también respecto al sistema que permita la



interoperabilidad de la receta médica privada electrónica. Defiende que en otro caso, se vulneraría la invocada Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales.

2. En segundo lugar esgrime infracción de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de Febrero, que aprobó el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, modificada por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, y de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.

A su entender al estar la sanidad cedida a las Comunidades Autónomas, resulta contradictorio que, para la receta electrónica pública, existan regulaciones autonómicas diferenciadas, y en cambio a la receta electrónica (y también en papel) privada se la someta al control de una entidad de ámbito nacional, como es el consejo general de todas y cada una de las organizaciones colegiales corporativas.

Sostiene llama la atención que la implantación de la receta pública, tanto en papel como electrónica, corresponda al ámbito propio de regulación de las Comunidades Autónomas, y que en cambio no se respete dicho principio en lo que se refiere a la privada.

3. Arguye también vulneración del artículo 106 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Decreto 2065/1974, de 30 de mayo), así como de las posteriores Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (art. 88) y Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (art. 4.1).

Tras poner de relieve el contenido de los preceptos acabados de mencionar concluye que no se puede hacer depender de un "plan terapéutico establecido", que puede ser descrito por un tercero, la libertad de prescripción que a todo facultativo corresponde, pues en otro caso se infringiría de plano no solo las disposiciones legales invocadas; sino la propia Constitución (artículos 35 y 36).

SEGUNDO.- 1. El Abogado del Estado rechaza el primer argumento de la demanda manifestando que no explica el motivo concreto por el que



considera vulnerados los preceptos de la Ley de Colegios profesionales. Recalca en que ninguno de los preceptos citados atribuye a los Colegios la intervención a que se refieren los artículos del Real Decreto recurrido.

2. Respecto del segundo alegato sostiene no se indica donde está la contradicción entre la norma combatida y los preceptos invocados como quebrantados.

Subraya que ninguna Comunidad Autónoma ha planteado reivindicación competencial alguna.

Tampoco reputa atendible la pretensión anulatoria que se plantea cuando se alega en el FJ material tercero de la demanda sobre el art. 8.3 del Real Decreto impugnado habida cuenta de que no existe ninguna razón para suponer que el "plan terapéutico" al que se refiere el Colegio recurrente pueda ser establecido por un tercero ajeno al facultativo responsable que pueda reducir a la nada la libertad de prescripción que a todo facultativo corresponde.

TERCERO.- Muestra su oposición a la demanda el Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España.

1. Arguye que esta Sala ha delimitado los ámbitos de actuación de los Consejos Generales. Invoca la STS de 21 de septiembre de 1999 y la de 4 de febrero de 2004.

2. En cuanto a la impugnación de los artículos y disposiciones que cita la demandante afirma carece de fundamento, ya que la regulación contenida en el Real Decreto se encuentra amparada en las competencias exclusivas que en materia de legislación sobre productos farmacéuticos y bases para la coordinación general de la sanidad atribuye al Estado el artículo 149.1.16ª de la Constitución.

CUARTO.- Sin hacer mención expresa a la legitimación activa, art. 19 LJCA, no negada por la Administración, se observa que los preceptos esgrimidos por la parte recurrente giran tangencialmente en torno a ella al sostener que se han lesionado los derechos de las corporaciones



profesionales, en este caso el Colegio Oficial de Médicos de Madrid. Prueba de ello es la jurisprudencia esgrimida por el Consejo General para oponerse a la pretensión.

No está de más recordar que en el orden contencioso-administrativo la legitimación activa se defiere, según una consolidada jurisprudencia de este tribunal, en consideración a la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de suerte que, de estimarse ésta, se produzca un efecto positivo o beneficio o la eliminación de un efecto negativo o perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esta ventaja ha de ser concreta y efectiva.

Avanzando más para entrar ya en el meollo argüido por la Corporación recurrente observamos que en el concreto ámbito corporativo colegial este Tribunal en su Sentencia de 4 de julio de 2006, recurso de casación 33/2004, reiterando doctrina anterior, recalcó, si bien referido a un Consejo Autonómico Colegial que *"la defensa de los intereses profesionales de quienes se integran en los distintos Colegios de esta naturaleza no es exclusiva de un determinado grado o estructuración de los mismos"* por lo que reconoció legitimación a tales Colegios para impugnar las disposiciones que afectasen a los intereses profesionales de quienes a ellos pertenecen.

Previamente en la Sentencia de 29 de mayo de 2001, recurso contencioso administrativo 280/1998, en su FJ 2º se dijo que *"como quiera, por una parte, que uno de los fines esenciales del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, según reconoce el propio Abogado del Estado lo es la ordenación del ejercicio de las profesiones, y como por otra parte, la determinación y alcance de las peticiones de la parte actora no puede hacerse sin analizar el contenido de cada una de ellas, es obligado, desestimar la causa de inadmisibilidad aducida, sin perjuicio, obviamente de que se pueda desestimar el recurso por falta de acción, si tras el análisis de las distintas pretensiones se pudiera determinar, que la parte actora no actúa en defensa de los intereses profesionales o económicos de sus colegiados, cual exige el artículo 32 citado."*

En fecha más reciente, en la Sentencia de 26 de diciembre de 2009, recurso de casación 714/2008 se afirmó que *"Si se engarza el contenido de los Estatutos de la Corporación recurrente, debidamente reflejados en los motivos*

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

del recurso poniendo de manifiesto su carácter de representación y defensa de los derechos profesionales y colegiales, con el objeto del pleito, creación por segregación de un nuevo Colegio provincial que proyecta efectos sobre los intereses profesionales de sus componentes resulta patente el vínculo necesario para declarar existente el interés profesional que conduce a reconocer la legitimación."

QUINTO.- No se encuentra aquí cuestionada la legitimación procesal para comparecer mas lo vertido en torno a ella nos ayuda a resolver la cuestión.

La lesión invocada por un Colegio de ámbito uniprovincial/autonómico se centra en los preceptos reguladores de los Colegios profesionales negando a los Consejos Generales de las organizaciones colegiales corporativas de profesiones sanitarias, a que se refieren los artículos 4.3 y 14.4. del Real Decreto impugnado, la función atribuida en el mismo.

Por ello la doctrina expuesta en el fundamento anterior nos sirve de referencia para distinguir el ámbito de actuación de cada organización colegial en razón del espacio territorial de su función: provincial, autonómico o estatal.

No ha de olvidarse que conforme al art. 9.1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, los Consejos Generales de los Colegios tendrán las funciones atribuidas por el art. 5 a los Colegios Profesionales, en cuanto tengan ámbito nacional, entre las que se incluye ejercer cuantas funciones sean encomendadas por la Administración.

Y en efecto la esgrimida Disposición Adicional Tercera de la antedicha Ley 2/1974 relativa a la organización colegial expresa que *"1. Se entiende por organización colegial el conjunto de corporaciones colegiales de una determinada profesión.*

2. Son corporaciones colegiales el Consejo General o Superior de Colegios, los Colegios de ámbito estatal, los Consejos Autonómicos de Colegios y los Colegios Profesionales".

Mas dicha enumeración no significa que deban ser tomadas en cuenta al mismo tiempo todas las citadas corporaciones colegiales sino en razón de la función atribuida por las normas a cada una de ellas.

En consecuencia, debe ser rechazada la pretensión de nulidad al no evidenciarse quebranto alguno de la Ley 2/1974 por la no participación del Colegio recurrente.

SEXTO.- Respecto del segundo argumento hemos de partir de que la Constitución en su art. 106.1. dice que los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, mientras el art. 23.2. de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre declara que los reglamentos no podrán infringir normas con rango de ley, y el apartado 4 reputa nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en un reglamento, aunque hayan sido dictadas por órganos de igual o superior jerarquía que el que lo haya aprobado.

Para garantizar la igualdad de armas en el seno del proceso el antedicho cuadro legal nos sirve para exponer que no incumbe a los Tribunales de justicia sustituir a las partes, asistidas de letrado.

Por ello cualquier alegato de nulidad fuere de una disposición general fuere de una resolución administrativa exige que el que esgrime la pretendida nulidad ha de justificar cuál es la norma legal o reglamentaria infringida, dado el control de legalidad -y no de oportunidad- atribuido a los Tribunales de justicia de lo contencioso administrativo.

El respeto a la igualdad de armas, que ha de presidir la resolución de los conflictos exige que las partes muestren razonadamente al Tribunal esa divergencia entre la norma impugnada y la prevalente. Tal exigencia se despliega también en los recursos directos que pretenden la anulación de una disposición general o de algunos de sus preceptos dado el control abstracto que se ejercita.

Significa, pues, que no basta con lanzar al Tribunal que una norma reglamentaria quebranta un conjunto de preceptos legales (Leyes Orgánicas y Leyes autonómicas como aquí sucede) de todo tipo sino que es preciso

argumentar esa contravención a fin de mostrar la infracción que se aduce. En caso contrario no es factible controlar si el reglamento respeta o no la Ley que desarrolla o en la que se ampara, aquí la Ley 29/2006, de 26 de julio de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y al amparo de las competencias exclusivas que en materia de legislación sobre productos farmacéuticos y bases para la coordinación general de la sanidad atribuye al Estado el artículo 149.1.16ª de la Constitución, a fin de asegurar la accesibilidad de todos los ciudadanos, en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional, a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud.

Tal actuación aquí no se ha producido ya que la parte se ha limitado a enunciar el contenido de los preceptos que afirma vulnerados por la disposición impugnada mas sin mostrar esa dependencia y subsiguiente quebranto del principio de legalidad.

Por último, ha de resaltarse que el Real Decreto se dicta en desarrollo de los artículos 19.6 y 77.8 de la Ley 29/2006 de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios y al amparo de las competencias exclusivas que en materia de legislación sobre productos farmacéuticos y bases para la coordinación general de la sanidad atribuye al Estado el art. 149.1 16ª de la Constitución por lo que huelga la invocación de quebranto de normas autonómicas o del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

SEPTIMO.- Para resolver la pretensión de nulidad amparada en el fundamento tercero de la demanda debemos hacer una serie de consideraciones previas.

En el suplico de la demanda se pide se dicte sentencia por *"la que se declare nula y contraria a Derecho tal disposición (RD 1718/2010), de 17 de diciembre en los preceptos indicados en sus motivos de recurso"*.

Previamente en el escrito de interposición del recurso el suplico era impreciso al señalar se impugnaba el RD 1718/2010 *"en lo que se refiere a los preceptos indicados"*. Y en el cuerpo del escrito reputaba no ajustado a derecho el art. 4 en que se atribuye la responsabilidad de la edición, gestión,

control e inspección de la impresión, distribución y entrega de sus talonarios e impresos de recetas médicas y órdenes de dispensación en papel a los consejos generales de las organizaciones colegiales corporativas de médicos, odontólogos, podólogos y enfermeros. Asimismo, el art. 14 que atribuye a los propios consejos generales de las organizaciones colegiales corporativas el procedimiento de homologación del sistema de receta privada electrónica que posibilite su interoperabilidad.

Ninguna duda ofreció tal impugnación para la parte codemandada, Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España pues insta la conformidad a derecho de los arts. 4.3 y 14.4 del RD impugnado sin realizar consideración alguna respecto del art. 8.3.

Cuestión distinta aconteció respecto al Abogado del Estado que si contesta al alegato formulado sobre el art. 8.3. del RD al que se refiere la parte demandante en el fundamento tercero.

Sin embargo a la vista de lo expuesto esta Sala no puede entrar en el exámen de la impugnación del art. 8.3 al no haberlo identificado en el escrito de interposición de la demanda por lo que constituye desviación procesal ya que aquel constituye el escrito rector del proceso.

No obstante para el caso de que hubiera señalado tal precepto en el escrito rector del proceso lo que no ha acontecido tampoco hubiere prosperado la pretensión anulatoria al no mostrarse quebranto alguno de norma de superior rango.

OCTAVO.- Hay méritos para un pronunciamiento expreso sobre costas, art. 139 de la Ley de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar por el Letrado de la parte recurrida la cantidad de 5.000 euros, dada la temeridad que implica interponer un recurso contencioso-administrativo contra una disposición general en las condiciones expuestas. Todo ello en atención; a), a que las costas se imponen por imperativo legal, y en tales casos esta Sala de acuerdo además con las normas del Colegio de Abogados de Madrid, exige una especial moderación; y b), a que la actividad de las partes no ha realizado especiales aportaciones. Obviamente sin perjuicio de que el Letrado pueda interesar de su cliente la cantidad que estime proceda.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid interpone recurso contencioso administrativo 231/2011 contra el Real Decreto 1718/10 de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación interesando la nulidad de los arts. 4.3 y 14.4.

En cuanto a las costas este al último fundamento de derecho.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la Secretaria, certifico.