

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SÉPTIMA

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D^a. M^a. del Camino Vázquez Castellanos.

Magistrados:

D^a. Mercedes Moradas Blanco.

D. M^a Jesús Muriel Alonso

D. José Luís Aulet Barros

D. Santiago de Andrés Fuentes.

D^a Carmen Álvarez Theurer.

En la Villa de Madrid, a cinco de febrero del año dos mil ocho.

VISTO por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el recurso de apelación que con el número **588/07** ante la misma pende de resolución y que fue interpuesto por **el Letrado de la Comunidad Autónoma de Madrid**, en nombre y representación del Servicio Madrileño de la Salud, contra la Sentencia dictada, con fecha treinta de marzo de 2007, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 23 de los de esta Villa y en el Procedimiento Abreviado seguido ante el mismo con el número 112/2.006, por la que se estima el recurso contencioso administrativo que Interpuso la Letrada D^a Esperanza Barreiro Pereira, en nombre y representación de D^a M^a Eugenia Somavilla Nadador y otros, contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación formulada los hoy apelados el 17 de mayo de 2005 ante el Servicio Madrileño de Salud y declara no ajustadas a Derecho las ordenes verbales de las Gerencias y/o Direcciones de Enfermería de las Áreas Sanitarias 1, 3 y 4 de la CAM, en virtud de las cuales se les obliga a realizar el acto profesional de extracción de tapones óticos por irrigación.

Ha sido parte apelada la letrada D^a Esperanza Barreiro Pereira, en nombre y

representación de D^a M^a Eugenia Somavilla Nadador, D^a M^a Almudena Gimeno Camacho, D^a M^a Auxiliadora Gil Gil, D^a Alicia Solórzano Casado, D^a Esther Hernando Díaz, D^a Leonor Carrasco Lozano, D^a M^a Nieves del Castillo Roldan, D^a Laura Yuguero Achucarro, D^a Eloina Sánchez Escribano, D^a Lourdes Barrado Fernández, D^a Rosa Polo Rodrigo, D^a Inés Casado Mora, D^a Ana Maria Reyero Ortiz, D, Juan Antonio Gómez Liébana, D^a María Ascensión García Soria, D. Jaime Vaquero Vargas, D^a María Fuencisla Parra Galindo, D^a María Carmen Martínez Palomo, D^a M^a Petra García Sanz, D^a Aurea Moreno Sanz, D^a Francisca Luis Martín, D^a María del Rosario Miguel García, D^a Victoria Medina Dieguez, D^a María Lourdes Rodríguez Macias, D^a Lucía Redondo García, D^a Mercedes Martín de Diego, D^a María Rosario Ruiz de Arcaute Grisalena, D^a María Teresa Serrador Ornilla, D^a Guadalupe Fernández Llorente, D^a María Monserrat Sánchez Sánchez y D^a Teresa Soriano Pinar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha treinta de marzo de 2007, y en el Procedimiento Abreviado número 112/06 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo numero 23 de los de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva, literalmente transcrita, dice así:

FALLO

1-Estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por letrada D^a Esperanza Barreiro Pereira, en nombre y representación de D^a M^a Eugenia Somavilla Nadador, D^a M^a Almudena Gimeno Camacho, D^a M^a Auxiliadora Gil Gil, D^a Alicia Solórzano Casado, D^a Esther Hernando Díaz, D^a Leonor Carrasco Lozano, D^a M^a Nieves del Castillo Roldan, D^a Laura Yuguero Achucarro, D^a Eloina Sánchez Escribano, D^a Lourdes Barrado Fernández, D^a Rosa Polo Rodrigo, D^a Inés Casado Mora, D^a Ana Maria Reyero Ortiz, D, Juan Antonio Gómez Liébana, D^a María Ascensión García Soria, D. Jaime Vaquero Vargas, D^a María Fuencisla Parra Galindo, D^a María Carmen Martínez Palomo, D^a M^a Petra García Sanz, D^a Aurea Moreno Sanz, D^a Francisca Luis Martín, D^a María del Rosario Miguel García, D^a Victoria Medina Dieguez, D^a María Lourdes Rodríguez Macias, D^a Lucía Redondo García, D^a Mercedes Martín de Diego, D^a María Rosario Ruiz de Arcaute Grisalena, D^a María Teresa Serrador Ornilla, D^a Guadalupe Fernández Llorente, D^a María Monserrat Sánchez Sánchez y D^a Teresa Soriano Pinar contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación formulada por los recurrentes el 17 de mayo de 2005 ante el Servicio Madrileño de

Salud, Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Sanidad y Consumo.

2-Se declaran no ajustadas a derecho las órdenes verbales de las Gerencias y/o Direcciones de Enfermería de las Áreas Sanitarias 1,3 y 4 que obligan a realizar a los demandantes el procedimiento de extracción de taponos óticos por irrigación si concurren las circunstancias citadas en el fundamento de derecho octavo de esta resolución.

3-No se hace expresa imposición de las costas devengadas en el presente proceso”.

SEGUNDO.- Notificada que fue la anterior Sentencia a las partes, por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Madrid, en nombre y representación del Servicio Madrileño de la Salud de Madrid, se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación que, tras ser admitido a trámite se sustanció por sus prescripciones legales ante el Juzgado de que se viene haciendo mención, el cual elevó en su momento las actuaciones a esta Sala.

TERCERO.- Recibidas que fueron las actuaciones en esta Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se acordó formar el presente rollo de apelación y dar a los autos el trámite previsto en los artículos 81 y siguientes de la Ley 29/1.988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; y se señaló para la votación y fallo del presente recurso de apelación la audiencia del día 31 de enero del año en curso, fecha en la que tuvo lugar.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. M^a. Jesús Muriel Alonso, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso-administrativo la Sentencia dictada, con fecha treinta de marzo de 2007, por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 23 de los de esta Villa y en el Procedimiento Abreviado seguido ante el mismo con el número 112/2.006; Sentencia que estimó el recurso contencioso administrativo formulado por los hoy apelados,-ATS-DUE que

prestan servicio en los Centros de Salud de Atención primaria-, contra las ordenes verbales de las Gerencias y/o Direcciones de enfermería de las Áreas 1, 3 y 4 de la CAM en virtud de las cuales se les obliga a realizar el acto profesional de extracción de tapones óticos por irrigación en las siguientes circunstancias: solos, sin presencia de ningún facultativo, sin el consentimiento informado del paciente, sin que sea supervisado por ningún médico especialista en otorrinolaringología ni por el médico de familia del centro de salud.

La Sentencia de Instancia, acogiendo las pretensiones de los recurrentes, declara dichas ordenes no ajustadas a Derecho si concurren las siguientes circunstancias:

-que el personal que realice el procedimiento (de extracción de tapones óticos por irrigación) no esté formado adecuadamente.

-Si el procedimiento no se realiza en presencia de un facultativo o es supervisado posteriormente por éste.

-Si el paciente no está informado y no ha firmado el consentimiento informado.

En este recurso de apelación, el apelante, -el Servicio Madrileño de la Salud,- sostiene la procedencia de revocar la Sentencia de instancia, alegando, básicamente, los siguientes extremos:

-En primer lugar, afirma que la Sentencia apelada, excediéndose de la función revisora de la actividad administrativa que tienen atribuida los órganos jurisdiccionales, establece un "un protocolo" de actuación, que puede ocasionar gravísimas consecuencias para el funcionamiento de la atención primaria. Afirma que las ordenes verbales se ajustan al "Protocolo" de actuación existente en el Servicio Madrileño de la Salud sobre esta técnica que data del año 2001, así como al documento de consenso elaborado entre diferentes sociedades científicas (SEMF yC, SEMERGEN, SEMAP, SEMG, FAECAP y AEC) sobre la Atención Primaria, ajustándose las ordenes impugnadas a dichos "Protocolos", toda vez que consisten, únicamente, en requerir a ciertas profesionales de enfermería a que "cumplan con sus obligaciones".

Señala que dicho procedimiento se lleva a cabo siempre bajo prescripción médica, que los profesionales de enfermería están habilitados para realizar dicha extracción, observándose siempre el procedimiento establecido en el referido Protocolo de actuación y que el paciente es siempre informado, existiendo un consentimiento informado verbal.

Dice también, que la Administración siempre ha seguido el procedimiento establecido en el referido "manual de actuación", siendo, además a la Administración sanitaria, en el ejercicio de sus facultades y obligaciones, a quien corresponde organizar la actividad sanitaria pública.

Por todo ello, considera que la Sentencia apelada debe ser revocada, declarando ajustadas las órdenes verbales impugnadas.

Por el contrario, los hoy apelados sostienen la procedencia de confirmar la Sentencia apelada.

SEGUNDO:- El objeto de la presente apelación es, por tanto, la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 23 de los de esta ciudad, Sentencia que, como se ha señalado, estimando las pretensiones de los en su día recurrentes y hoy apelados, anuló la actuación administrativa impugnada, y que en esta instancia, no tenemos inconveniente en adelantar ya, no puede ser confirmada por no compartir la Sala los argumentos expuestos en la misma por la juzgadora "a quo", toda vez que el análisis de la normativa que resulta de aplicación al caso lleva a la Sala a sostener una conclusión contraria a la que en la citada Sentencia se mantiene, y ello en base a los argumentos que se expresan a continuación.

El Real Decreto 63/1995 de 20 de enero sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, después de distinguir entre atención primaria y especializada, dispone que "la atención especializada se dará una vez superadas las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de la Atención primaria", estableciendo la cartera de servicios que ha de darse en "Atención primaria".

Y en tal sentido, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, del Ministerio de Sanidad, por el que se establece la cartera de servicios comunes del sistema nacional de la Salud y el procedimiento para su actualización, después de distinguir también entre atención primaria y especializada, señala dentro de la cartera de servicios de atención primaria "la extracción de tapones auditivos", (artículo 2.2.8 del Anexo II del citado Real Decreto).

Por tanto, es claro, que entre las prestaciones sanitarias, la Administración sanitaria, para conseguir la máxima operatividad y eficacia en el funcionamiento de los servicios sanitarios, contempla la posibilidad de que, sin perjuicio de que en determinados casos se requiera otra intervención más especializada, la extracción de tapones de cerumen pueda realizarse en la estructura primaria de atención sanitaria.

De otra parte, el Estatuto del Personal Sanitario No facultativo de la Seguridad Social, (Orden de 26 de abril de 1973 del ministerio de Trabajo), define las funciones de las enfermeras y ayudantes técnicos sanitarios, diciendo en el artículo 58.1 que les corresponde "ejercer las funciones de auxiliar del médico, cumplimentando las Instrucciones que reciban del mismo en relación con el servicio" y en el punto 6 establece que les corresponde "cumplimentar igualmente aquellas otras funciones que

se señalen en los Reglamentos de Instituciones Sanitarias y las instrucciones propias de cada Centreo", señalando el Reglamento de septiembre de 1988, sobre normas Básicas de Funcionamiento de los Equipos de Atención Primaria en la Comunidad de Madrid, que son funciones de las enfermeras "aplicar los tratamientos que se deriven de la atención médica, bien sea en la consulta o en el domicilio del paciente, el seguimiento de pacientes en los casos determinados por los diferentes **Protocolos**....

Y en este sentido, el Área 4 de Atención primaria, en diciembre de 2001, bajo el título de "manual del procedimiento para la extracción de tapones de cera" publicó el "Protocolo" de actuación que se lleva a cabo en el Servicio Madrileño de Salud, estableciendo, en lo que nos interesa que *"el diagnóstico y la preparación del tapón para su extracción será responsabilidad del médico de familia.*

El tapón de cera en el ámbito de Atención primaria, podrá ser extraído por el médico de familia, pediatra o profesional de enfermería.

Si es la enfermera la que realiza la técnica, será necesaria la derivación escrita del médico, donde conste la técnica a realizar, así como la inexistencia de contraindicaciones. La mayoría de tapones de cera pueden ser extraídos en Atención Primaria, no obstante se recomienda derivar a la consulta del especialista en ORL cuando existan contraindicaciones en la realización de la irrigación".

Se establece también que *"antes de la ejecución de la técnica, se informará al paciente sobre el procedimiento a seguir, molestias que puede sentir y la importancia de su colaboración", disponiéndose que "si el paciente presenta algún síntoma de mareo o refiere sensación de pasar líquido por la garganta, o dolor agudo en el oído, suspender el procedimiento y derivar al médico para valoración inmediata".*

Y finalmente, señalar que en el documento de consenso entre diferentes sociedades científicas (CUSP; SECAP; AMAS FAECAP y AEC), se establece también "el Protocolo de extracción de tapones de cerumen en atención primaria", señalando que *"el facultativo, después de descartar las posibles contraindicaciones, y de informar al paciente de los posibles efectos secundarios de la técnica, enviará al paciente a enfermería, donde será citado para la extracción del tapón".*

De la normativa expuesta se desprende una primera conclusión:- que la Administración sanitaria, para conseguir la máxima operatividad y eficacia en el funcionamiento de los servicios sanitarios, contempla la posibilidad de que, sin perjuicio de que en determinados casos se requiera otra intervención más especializada, la extracción de tapones de cerumen pueda realizarse en la estructura primaria de atención sanitaria, estableciéndose un "Protocolo" de actuación para ello; Protocolo que no consta que haya sido impugnado en momento alguno y con el que parece estar de acuerdo la

propia Organización Colegial de Enfermería, como se desprende del Informe emitido el 3 de marzo de 2003 que obra en el expediente administrativo, en donde también se concluye que "las extracciones de tapones de cera a los pacientes, pueden realizarse por el enfermero, siendo de su competencia, siempre y cuando las realicen bajo prescripción médica", (lógicamente, en el ámbito de la Atención primaria).

TERCERO:- A la luz de esta normativa, que es relevante para resolver la cuestión planteada, resulta claro, como señala la Administración apelante, que es desde esta perspectiva desde la que se ha de examinar la actuación hoy impugnada, determinando si se ha apartado o no de los intereses generales, de los fines que le son propios, así como de la potestad organizativa que le está atribuida a la Administración, toda vez que, como se desprende del artículo 103 de la Constitución, la Administración tiene atribuida la capacidad de organización y coordinación de sus servicios, sin que la Jurisdicción Contenciosa-administrativa, que tiene una naturaleza revisora, pueda efectuar declaraciones que ordenen a la Administración el ejercicio de potestades propias de ella, toda vez que ello podría suponer el convertir a los órganos jurisdiccionales en Administración.

Pues bien, en atención a ello, la conclusión a la que se llega, a diferencia de lo expuesto por la Juzgadora de instancia, es que no puede anularse la actuación impugnada, toda vez que es en dicho contexto donde se han producido las órdenes impugnadas, que se refieren a aquellos supuestos en los que, por no existir contraindicación, el médico de familia estima que se puede llevar a cabo dicho procedimiento de extracción de cerumen en Atención Primaria y que no es precisa su derivación a los servicios de otorrinolaringología de Atención Especializada.

Es decir, no consta que dichas "ordenes" se hayan apartado de la normativa que rige la potestad organizativa que Administración sanitaria tiene atribuida, sino que, por el contrario, se han acomodado a los diferentes "Protocolos" de actuación existentes, sin que el examen de los argumentos ofrecidos en los informes emitidos por diferentes asociaciones y, en los que parece apoyarse la Sentencia apelada, evidencien la inexistencia de lógica o racionalidad en la actuación impugnada, correspondiendo, sin duda, a la apelante, como Administración Sanitaria, la coordinación del trabajo de las enfermeras y demás profesionales sanitarios que participan en la misma a fin de prestar al paciente una mayor satisfacción de sus necesidades y, siendo ello así, es evidente que no cabe anular la actuación de la hoy apelada, toda vez que, como antes se ha señalado, a esta Jurisdicción le corresponde la fiscalización de la legalidad del actuar administrativo y el sometimiento de éste a los fines que lo justifican, pero no el

control de la conveniencia u oportunidad de dicha actuación, pues si en el ejercicio de la potestad de autoorganización la opción elegida es igualmente legítima, siendo una de las alternativas posibles, la Jurisdicción no puede sustituir a la Administración en su cometido de gestión de los intereses públicos.

Finalmente, respecto a la exigencia que se establece en la Sentencia apelada del consentimiento informado por escrito, ha de indicarse que el artículo 8 de la Ley 31/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente, establece que "el consentimiento por regla general será verbal. Sin embargo se prestará por escrito en los siguientes casos: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y en general aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente".

Es decir, de dicho precepto se desprende claramente que la regla general es el consentimiento verbal, reservándose el consentimiento escrito para aquellas actividades sanitarias más agresivas.

Con arreglo a ello, como se desprende de la prueba practicada, en el ámbito de Atención Primaria, excepto en los casos de cirugía menor no urgente, es práctica habitual el consentimiento verbal, por el cual el paciente una vez informado verbalmente por el profesional, consiente de forma libre y voluntaria, la práctica de cualquier procedimiento terapéutico, como inyecciones, vacunación, extracción de sangre y extracción de tapones de cerumen, etc....

Y en tal sentido, ha de indicarse que el Protocolo de actuación antes aludido al establecer que "el médico informará al paciente del procedimiento a seguir, molestias que puede sentir y la importancia de su colaboración", señalando también, que "en enfermería se reforzará lo dicho anteriormente por el médico y se le informará sobre la técnica". Se observa, por tanto, el precepto citado que, establece la regla general del consentimiento verbal.

Por todo ello, en definitiva, la Sala, a la vista de lo actuado, ha de concluir en la procedencia de estimar el presente recurso, revocando la Sentencia de instancia.

QUINTO: De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 139 de la Ley 29/1.998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede imponer las costas de esta alzada a la parte recurrente pues sus pretensiones han sido estimadas y no se aprecian circunstancias que, de contrario, justifiquen su imposición.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el presente recurso de apelación numero 588/07 ante la misma pende de resolución y que fue interpuesto por el **Letrado de la Comunidad Autónoma de Madrid**, en nombre y representación del Servicio Madrileño de la Salud, contra la Sentencia dictada, con fecha treinta de marzo de 2007, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo numero 23 de los de esta Villa y en el Procedimiento Abreviado seguido ante el mismo con el número 112/2.006, por la que se estima el recurso contencioso administrativo que interpuso la Letrada D^a Esperanza Barreiro Pereira, en nombre y representación de *D^a M^a Eugenia Somavilla Nadador, D^a M^a Almudena Gimeno Camacho, D^a M^a Auxiliadora Gil Gil, D^a Alicia Solórzano Casado, D^a Esther Hernando Díaz, D^a Leonor Carrasco Lozano, D^a M^a Nieves del Castillo Roldan, D^a Laura Yuguero Achucarro, D^a Eloina Sánchez Escribano, D^a Lourdes Barrado Fernández, D^a Rosa Polo Rodrigo, D^a Inés Casado Mora, D^a Ana Maria Reyero Ortiz, D. Juan Antonio Gómez Liébana, D^a María Ascensión García Soria, D. Jaime Vaquero Vargas, D^a Maria Fuencisla Parra Galindo, D^a Maria Carmen Martínez Palomo, D^a M^a Petra García Sanz, D^a Aurea Moreno Sanz, D^a Francisca Luís Martín, D^a María del Rosario Miguel García, D^a Victoria Medina Dieguez, D^a Maria Lourdes Rodríguez Macias, D^a Lucia Redondo García, D^a Mercedes Martín de Diego, D^a Maria Rosario Ruiz de Arcaute Grisalena, D^a María Teresa Serrador Ornilla, D^a Guadalupe Fernández Llorente, D^a María Monserrat Sánchez Sánchez y D^a Teresa Soriano Pinar*, y declara no ajustadas a Derecho las ordenes verbales de las Gerencias y/o Direcciones de Enfermería de las Áreas Sanitarias 1, 3 y 4 de la CAM, en virtud de las cuales se les obliga a realizar el acto profesional de extracción de tapones óticos por irrigación, y, en consecuencia, revocando la referida Sentencia, declaramos conformes a Derecho las citadas órdenes, y, ello, sin que proceda realizar pronunciamiento alguno en cuanto a las costas causadas en esta apelación.

Notifíquese esta Sentencia a las partes en legal forma, haciéndoles la indicación de que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Y para que esta Sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase certificación de la misma, junto con los autos originales, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que dictó la resolución impugnada, el cual deberá acusar recibo dentro del término de diez días, y déjese constancia de lo resuelto en el correspondiente rollo.

Así por esta Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente, Ilma. Sra. Dña. M^a Jesús Muriel Alonso, estando la Sala celebrando audiencia pública de lo que, como Secretaria, **CERTIFICO.**

