



Roj: **STS 2621/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2621**

Id Cendoj: **28079130042019100248**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **18/07/2019**

Nº de Recurso: **4165/2016**

Nº de Resolución: **1130/2019**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.130/2019

Fecha de sentencia: 18/07/2019

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)

Número del procedimiento: 4165/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/07/2019

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

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 4165/2016

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1130/2019

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D.^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibañez

En Madrid, a 18 de julio de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso ordinario núm. 1/4165/2016 interpuesto por el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, en nombre y representación de la Comunidad Autónoma de Canarias, contra el Real Decreto de 954/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la indicación, uso y autorización de dispensación de **medicamentos** y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros.

Han sido partes recurridas la Administración del Estado, el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos y la Generalitat de Catalunya, representadas respectivamente por el Abogado del Estado, el Procurador don Alejandro González Salinas y el Abogado de la Generalitat don Gerard Blanchar Roca. Por diligencia de ordenación de 5 de julio de 2019, se tiene por apartado del presente recurso al Abogado de la Generalitat de Catalunya en nombre y representación de la misma.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias se interpuso recurso contencioso administrativo contra dicha resolución, 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:

"tenga por formulada demanda contra el Real Decreto 954/2015 de 23 de octubre, por el que se regula la indicación, uso y autorización de dispensación de **medicamentos** y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros, y seguidos los trámites legales se dicte en su día sentencia por la que declare nula la referida disposición; o subsidiariamente, se anulen los artículos 2.2, el párrafo segundo del apartado 2 del art. 3, el artículo 10 y el segundo párrafo del apartado 3 de la Disposición transitoria única, del mencionado Real Decreto."

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contesta 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: "dicte sentencia por la que sea desestimado el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias contra el Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, al ser la misma plenamente conforme a Derecho, con imposición de las costas a la Comunidad Autónoma recurrente. "

TERCERO.- El Procurador don Alejandro González Salinas en representación del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos presenta escrito de contestación a la demanda en el que, después de exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala que dicte sentencia por la que desestime el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias con imposición de costas a la Administración demandante.

CUARTO.- Por providencia de 17 de julio de 2018 se dio traslado a las partes para alegaciones sobre la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el conflicto positivo de competencia núm. 1866/2016, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, por providencia de 10 de mayo de 2019 se señaló para votación y fallo el 9 de julio de 2019, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Planteamiento del recurso y esencia de la demanda.*

La Letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias en nombre y representación de la misma, interpone recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto de 954/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la indicación, uso y autorización de dispensación de **medicamentos** y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros interesando se declare nulo de pleno derecho en su totalidad o subsidiariamente se anulen los artículos 2.2, el párrafo segundo del apartado 2 del art. 3, el artículo 10 y el segundo párrafo del apartado 3 de la Disposición transitoria única, del mencionado Real Decreto.

1. En primer lugar, aduce nulidad de pleno derecho del Real Decreto 954/2015 de 23 de octubre, al haberse tramitado el mismo sin cumplimentar trámites esenciales del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, vulnerando los artículos 24.2 de la Ley 50/1997 de 27 de noviembre y el art. 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980 de 22 de abril. Todo ello por haber añadido un segundo párrafo al apartado 2 del art. 3.

2. En segundo lugar, pretende la nulidad por infracción del art. 79.1 del Real Decreto Legislativo 1/2015 de 24 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Garantías y uso racional de los **medicamentos** y productos sanitarios y de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. Vulneración del principio de jerarquía normativa.

3. En tercer lugar, invoca la nulidad por vulneración de las competencias de la Comunidad Autónoma de Canarias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de sanidad, reguladas en el art. 32.10 del Estatuto de Autonomía de Canarias.

En trámite de conclusiones mantiene la pretensión de nulidad sobre el art. 2.2. y la transitoria si bien al contestar el trámite de alegaciones a la STC sobre conflicto positivo de competencia 2057/16 había dicho que la STC dictada en el conflicto positivo de competencias nº 2057/2016 interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón contra los artículos 2. 2; 3.2 párrafo primero ; 10.1 párrafo tercero ; 10.2 párrafo primero ; 10.3 párrafo primero; disposición transitoria única, punto 3, párrafo segundo ; disposición final cuarta apartado cuatro; y Anexo II, párrafo siguiente al apartado seis del Real Decreto 954/2015 de 23 de octubre , por el que se regula la indicación, uso y autorización de dispensación de **medicamentos** y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros, declara extinguida por pérdida sobrevenida de objeto la impugnación de los arts. 2.2; 3.2 párrafo primero; 10.1 párrafo tercero; 10.2 párrafo primero; 10.3 párrafo primero; disposición final cuarta apartado cuatro; y Anexo II, párrafo siguiente al apartado seis del citado Real Decreto y desestima en lo demás el conflicto positivo de competencias.

El motivo de dicha pérdida sobrevenida de objeto es que en ese asunto se impugnaban preceptos que ya habían sido declarados inconstitucionales y nulos por STC 76/2018 dictada en el conflicto positivo de competencias nº 1866/2016 , respecto de la cual la parte ya formuló las correspondientes alegaciones en el trámite procesal oportuno.

SEGUNDO.- *Oposición del Abogado del Estado.*

Al contestar la demanda pidió la desestimación del recurso.

En conclusiones destaca que la recurrente considera que ha perdido objeto el recurso como consecuencia del Real Decreto 1302/2018, de 2 de octubre, en relación a la impugnación del artículo 10 y el 3.2 del RD recurrido, si bien mantiene el recurso respecto del artículo 2.2 y disposición transitoria RD recurrido. No obstante, subraya que tales preceptos han sido modificados sustancialmente por el RD 1302/2018 , por lo que carece de sentido el recurso en su totalidad por pérdida sobrevenida de su objeto.

TERCERO.- *La posición del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos.*

Había pedido la desestimación del recurso al contestar la demanda.

En trámite de conclusiones sostiene que existe una clara pérdida sobrevenida de objeto del recurso por cuanto en el conflicto positivo de competencia núm. 1866/2016, con relación al artículo 2 apartado 2º del Real Decreto 954/2015, de 22 de octubre , la sentencia del Tribunal Constitucional ha reconocido que el otorgamiento de la acreditación, en cuanto actuación de naturaleza ejecutiva que se limita a certificar el cumplimiento de los mencionados requisitos, forma parte de la competencia autonómica, por lo que declara inconstitucional y nula la referencia que se efectúa al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en el párrafo quinto del artículo 79.1 del Texto Refundido de la Ley de Garantías y Uso racional de los **medicamentos** y productos sanitarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, y declara la inconstitucionalidad y nulidad, por vulneración de las competencias autonómicas de las referencias que se realizan a la Dirección General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en el citado artículo 2.2 del Real Decreto 954/2015 .

Recalca que tras la citada sentencia del Tribunal Constitucional, se publica con fecha el Real Decreto 1302/2018, de 23 de octubre, por el cual ya se incluyen las modificaciones impuestas y un nuevo régimen transitorio.

CUARTO.- *El objeto del recurso contencioso-administrativo.*

El Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la indicación, uso y autorización de dispensación de **medicamentos** y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros se dictó, según explica su preámbulo, para

"(...) regular, de un lado, las actuaciones profesionales de los enfermeros en materia de indicación, uso y autorización de dispensación de **medicamentos** y productos sanitarios de uso humano relacionados con su ejercicio profesional, así como el procedimiento para la validación de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial por parte de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, y de otro,

fijar con la participación de las organizaciones colegiales correspondientes los criterios generales, requisitos específicos y procedimientos para la acreditación de los enfermeros, tanto de los responsables de cuidados generales como de los responsables de cuidados especializados, como requisito previo y necesario para poder desarrollar las actuaciones previstas en el artículo 79 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los **medicamentos** y productos sanitarios, y siempre dentro de la distribución de las competencias profesionales establecidas en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, y en el resto de normas que resulten de aplicación".

El artículo 79 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los **medicamentos** y productos sanitarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, dice así:

"Artículo 79. La receta médica y la prescripción hospitalaria.

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 relacionados con su ejercicio profesional, mediante la correspondiente orden de dispensación.

Los fisioterapeutas también podrán indicar, usar y autorizar, de forma autónoma, la dispensación de **medicamentos** no sujetos a prescripción médica y de productos sanitarios relacionados con el ejercicio de su profesión, mediante 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 Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Igualmente 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 este apartado.

El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, con la participación de las organizaciones colegiales correspondientes, acreditará con efectos en todo el Estado a los enfermeros y a los fisioterapeutas para las actuaciones previstas en este artículo.

2. El farmacéutico dispensará con receta aquellos **medicamentos** que la requieran. Dicho requisito deberá especificarse expresamente en el embalaje del **medicamento**.

3. La receta médica será válida en todo el territorio nacional y se editará en la lengua española oficial del Estado y en las respectivas lenguas cooficiales en las comunidades autónomas que dispongan de ella.

4. Las recetas médicas y órdenes hospitalarias de dispensación deberán contener los datos básicos de identificación de prescriptor, paciente y **medicamentos**.

5. En las recetas y órdenes hospitalarias de dispensación, el facultativo incluirá las pertinentes advertencias para el farmacéutico y para el paciente, así como las instrucciones para un mejor seguimiento del tratamiento a través de los procedimientos de la atención farmacéutica, con el fin de garantizar la consecución de los objetivos sanitarios de aquéllas.

6. El Gobierno podrá regular con carácter básico lo dispuesto en los apartados anteriores y establecer la exigencia de otros requisitos que por afectar a la salud pública o al sistema sanitario hayan de ser de general aplicación en las recetas médicas u órdenes hospitalarias.

7. Los trámites a que sean sometidas las recetas y órdenes médicas y especialmente en su tratamiento informático, respetarán lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril.

8. El Gobierno determinará con carácter básico los requisitos mínimos que han de cumplir las recetas médicas extendidas y/o editadas en soporte informático con el fin de asegurar la accesibilidad de todos los ciudadanos,

en condiciones de igualdad efectiva en el conjunto del territorio español, a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud.

No será necesario el consentimiento del interesado para el tratamiento y la cesión de datos que sean consecuencia de la implantación de sistemas de información basados en receta médica en soporte papel o electrónico, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7, apartados 3 y 6 ; 8 ; y 11, apartado 2.a), de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal . Las citadas actuaciones deberán tener por finalidad facilitar la asistencia médica y farmacéutica al paciente y permitir el control de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud.

9. Las Administraciones públicas sanitarias realizarán programas de educación sanitaria destinados a la población general, orientados a destacar la importancia de la receta médica como garantía de calidad y seguridad de los pacientes.

10. Lo dispuesto en este artículo será asimismo de aplicación a la receta veterinaria, en cuyo caso las referencias al médico y odontólogo se entenderán hechas al veterinario".

QUINTO.- *Las STC 76/2018 y 86/2018 , resolviendo conflictos positivos de competencia.*

La STC 76/2018 de 5 de julio , dictada en conflicto positivo de competencia promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía declaró inconstitucional la referencia del artículo 79.1 sexto párrafo al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad que hemos resaltado en cursiva. Esa misma sentencia declaró inconstitucionales las referencias de los artículos 2.2 ; 3.2 y 8.1 ; del art. 10; de la disposición final cuarta, apartados dos y cuatro, y del Anexo II del Real Decreto 954/2015 a la Dirección General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad , Servicios Sociales e Igualdad.

Otra sentencia del Tribunal Constitucional, la n.º 86/2018 , declaró la pérdida sobrevenida de objeto de la impugnación por el Gobierno de Aragón de los artículos 2.2; 3.2, párrafo primero; 10.1, párrafo tercero; 10.2, párrafo primero; 10.3, párrafo primero; disposición final cuarta apartado cuatro; y Anexo II, párrafo siguiente al apartado seis del Real Decreto, ante el fallo de la anterior.

Los pronunciamientos constitucionales afectan a la controversia que nos somete este recurso contencioso-administrativo que se dirige, entre otros puntos, contra los artículos 2.2 , 3.2 , 10, Párrafo segundo de la Disposición Transitoria única del Real Decreto 954/2015 .

A la vista de los pronunciamientos constitucionales las impugnaciones referidas a la vulneración del art. 79.1 del Real Decreto legislativo 1/2015, de 24 de julio y a las competencias de las Comunidades Autónomas han obtenido ya respuesta. Debe estarse a las SSTC antedichas que al declarar la inconstitucionalidad de la referencia al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e igualdad en el art. 79 del Texto refundido de la ley de Garantías y uso racional de **medicamentos** y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, al entender que si bien se reconoce la competencia estatal también forma parte de la competencia autonómica.

SEXTO.- *El RD 1302/2018, de 22 de octubre, modificador del RD 954/2015.*

El Real Decreto 1302/2018, de 22 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la indicación, uso y autorización de dispensación de **medicamentos** y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros, otorgó nueva redacción a los invocados arts. 2.2 , 3 , 10 y disposición transitoria única.

SÉPTIMO.- *El juicio de la Sala. La pérdida sobrevenida del objeto del recurso contencioso-administrativo, al igual que en el recurso contencioso-administrativo nº 227/2016 sentencia de 16 de julio de 2019 .*

Ya hemos consignado que el Abogado del Estado y el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos suscitan la pérdida sobrevenida del objeto del recurso por razón de la promulgación del Real Decreto 1302/2018, mientras la recurrente no obstante tener conocimiento del precitado Real Decreto mantiene la pretensión de nulidad sobre el art. 2.2 . y disposición transitoria del Real Decreto originario, 954/2015.

Recalcan tanto el Abogado del Estado como el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, que el Real Decreto 1302/2018 ha dado una nueva redacción al artículo 2.2 del Real Decreto 954/2015 y a la Disposición Transitoria , por lo que existe una clara pérdida sobrevenida del objeto del recurso.

Subraya el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos el carácter consensuado de la modificación, según aprecia en el preámbulo del Real Decreto 1302/2018.

Efectivamente, los preceptos contra los que se dirigió esencialmente la demanda, el art. 2.2., el art.3.2, el art. 10 y la Disposición transitoria única no tienen ya vigencia por lo que no forman parte ya del ordenamiento

jurídico. Por ello, carece de relevancia las modificaciones operadas en el R.D. inicial, el 954/2016 respecto al proyecto, en razón de haberse derogado los preceptos impugnados el 24 de octubre de 2018, día de entrada en vigor del Real Decreto 1302/2018. Al haber sido sustituida desde entonces su redacción por un texto diferente, debemos concluir que el recurso ha perdido su objeto.

Debe destacarse que la publicación y entrada en vigor del Real Decreto 1302/2018 no era desconocida por la recurrente. Fue invocado en la contestación a la demanda y al citado Real Decreto se refirió en el trámite de conclusiones. Por tanto, consideramos que en estas condiciones podemos resolver sin necesidad de ulteriores trámites.

La jurisprudencia de esta Sala considera aplicable la desaparición sobrevenida de la materia en litigio o pérdida sobrevenida de objeto como forma de terminación anticipada del proceso contencioso administrativo (artículo 22.1 LEC) en los casos de anulación de disposiciones de carácter general y cuando las circunstancias sobrevenidas han incidido sobre su objeto privando de interés legítimo a las pretensiones formuladas por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa.

Hemos afirmado que, para que la pérdida sobrevenida de objeto surta su efecto, en estos supuestos, ha de ser completa, por las consecuencias de clausura anticipada del proceso que comporta su declaración, tal como resulta de la regulación contenida en el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [Cfr., la sentencia de esta Sala de 28 de febrero de 2013 (recurso 530/2012)].

Aplicando esa doctrina al presente caso han resultado anuladas por sentencia del Tribunal Constitucional (SSTC 76/2018 y 86/2018) los artículos impugnados por lo que procede declarar la pérdida sobrevenida de su objeto.

OCTAVO.- Costas.

Conforme a lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción , imponemos a la recurrente las costas de este recurso. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto legal, señala como cifra máxima y única para todas las partes recurridas a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos la de 4.000€, sin perjuicio del derecho a reclamar del cliente los que resulten procedentes. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Desestimar por pérdida sobrevenida de su objeto el recurso contencioso-administrativo n.º 4165/2016, interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias, contra los arts. 2.2 ., 3.2 , 10 y disposición transitoria única del Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre , por el que se regula la indicación, uso y autorización de dispensación de **medicamentos** y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros y desestimar el resto de las impugnaciones.

SEGUNDO.- Imponer a la recurrente las costas de este recurso en los términos señalados en el último de los fundamentos jurídicos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

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, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.