



Roj: **STSJ CV 2323/2012 - ECLI: ES:TSJCV:2012:2323**

Id Cendoj: **46250330022012100335**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Valencia**

Sección: **2**

Fecha: **21/05/2012**

Nº de Recurso: **396/2010**

Nº de Resolución: **458/2012**

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **MARIA DE LOS DESAMPARADOS CARLES VENTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO DE APELACION - 000396/2010

N.I.G.: 46250-33-3-2010-0004510

P.A. 345/2008

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia número 458/2012

Ilmos. Sres.

Presidente

Don Miguel Soler Margarit

Magistrados

Doña Begoña García Melendez

Doña M^a Desamparados Carles Vento

En Valencia, a veintiuno de mayo de dos mil doce.

Visto por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el recurso de apelación, tramitado con el número de rollo 396/10, interpuesto contra la Sentencia nº 102/10, de 4 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Alicante en el P.A. 345/2008

Han sido partes en el recurso: a) Como apelante D^a Begoña , que ha comparecido representada y asistida por el Letrado D. Joaquín Fernández Ugedo; y b) Como apelada LA GENERALITAT VALENCIANA, representada y asistida por el Abogado de su Abogacía General y Ponente la Magistrada Doña M^a Desamparados Carles Vento, quien expresa el parecer de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero . El Fallo de la Sentencia apelada, dice:

"Que debo desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por D^a Begoña , frente a la resolución de la Administración demandada, referida en el encabezamiento de la presente resolución, acto administrativo que se considera conforme a derecho. No procede condena en costas."



Segundo . Interpuesto en plazo recurso de apelación, tras los subsiguientes trámites, se remitió a este Tribunal los autos, el expediente administrativo y los escritos presentados, señalándose para votación y fallo del recurso el día 15 de mayo pasado, en el que ha tenido lugar.

Tercero . En la sustanciación de este proceso se han observado en ambas instancias las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero . - La recurrente imputa a la sentencia apelada la vulneración del art. 24 de la CE en relación con la presunción de inocencia, la tutela judicial efectiva y derecho a la defensa, pues la recurrente nunca ha reconocido el suministro de CLK, ni se desprende de la prueba documental toda vez que en los folios 142 a 146 no consta que a la paciente aquejada de fracaso renal le aplicara CLK, , que a los f. 140 y 141 se contiene la medicación de una paciente tratada de disnea el 15.1.2007 y no el 17-12-2006 y que corresponde a D^a Esperanza a la que se le aplica en el servicio de urgencias además de Urbason y Ventolin 10m Meq de CLK, que el antitérmico que se administro a otro paciente fue corroborado por el medico por lo que no resulta probada la infracción que se le imputa, alega que se vulnera la jurisprudencia aplicable, y añade que del pliego de cargos y de la propuesta de resolución no se infiere la imputación de la infracción del 72.2 f), y que la resolución califica los hechos a diferencia de la instructora que lo hace como graves, en muy graves, variando la calificación jurídica de la infracción, lo que no cabe según la jurisprudencia.

La Abogada de la Generalitat pone de relieve que su pretensión impugnatoria reproduce los contenidos de su escrito de demanda y los formulados en vía administrativa, y respecto del cambio de calificación jurídica de los hechos, alega la STJCMadrid de nº 1094/03 de 22 de noviembre que recoge la doctrina constitucional al respecto, que de los documentos que obran incorporados al expediente administrativo se desprenden los hechos constitutivos de las infracciones que se le imputan de notorio incumplimiento de sus funciones, siendo necesario examinar las asignadas por la Orden de 26-4-73 en su art. 59 al personal de enfermería, añade que se admitió por la sancionada la administración de antitérmicos sin la correspondiente prescripción y con relación a la administración de suero fisiológico con CLK a una paciente, que lo fue a D^a Macarena que fue trasladada al Hospital de Alicante (f 123 y 142 a 147) a la que se produjo un agravamiento de su estado.

Segundo . - La sentencia en su fundamento jurídico tercero y cuarto dice:

" **TERCERO**.- Llegados a este punto, no queda más que valorar si la conducta de la recurrente tienen cabida en el artículo 72.2 f) de la Ley 55/2003 . Como ya ha sido puesto de manifiesto, la recurrente reconoce que administró un antitérmico por vía intravenosa a un paciente sin contar con la preceptiva prescripción facultativa.

Por el contrario, niega haber suministrado suero fisiológico a un paciente con hiperpotasemia y con fracaso renal agudo. La demandante considera que la Administración acude a la prueba de indicios para sancionarla sin haber quedado acreditada su autoría. Con relación a la prueba de indicios, deben concurrir dos o más indicios cuya concatenación nos permita llegar al hecho necesitado de prueba. Incluso la jurisprudencia ha venido reconociendo el indicio único con singular potencia acreditativa. Partiendo de dicha premisa, son varios los indicios que permiten concluir que la recurrente suministró suero fisiológico a un paciente con hiperpotasemia y con fracaso renal agudo, siendo éstos los siguientes:

1) El hecho innegable de que el día 17 de diciembre de 2006, alguien suministró suero fisiológico a un paciente con hiperpotasemia y con fracaso renal agudo.

2) La nota del Jefe de Servicio del Hospital Universitario de Sant Joan en la que se indica que la enfermera que estaba en el turno de tarde del día 17 de diciembre de 2006 en la Unidad de Preingreso del Servicio de Urgencias era la demandante (folio 11 del expediente administrativo).

3) La propia declaración de la demandante, folios 13 a 15 del expediente administrativo, en la que reconoce que se encontraba sola en el turno de tarde.

4) La propia demandante, reconoce que suministró un antitérmico a un paciente por vía intravenosa sin prescripción médica.

5) El hecho de que la demandante no intentase localizar al médico correspondiente. Aún cuando la demandante afirma que no pudo localizar al facultativo, tal extremo no ha quedado acreditado, en la medida en que hubiese sido suficiente con la relación de llamadas del busca de dicho facultativo o con la comparecencia testifical del mismo para aclarar dicho extremo.

La valoración conjunta de tales indicios acreditan que la recurrente realizó la conducta declarada probada en la resolución sancionadora.



CUARTO.- Sentado lo anterior, no queda más que valorar si la conducta de la recurrente constituyó un NOTORIO INCUMPLIMIENTO de las funciones de su cargo. *El artículo 59 del Estatuto de Personal Sanitario no facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, Orden de 26 de abril de 1973, al referirse a las funciones del personal de enfermería, contempla, en la parte que nos interesa, las siguientes: 1.- Ejercer las funciones del auxiliar del Médico, cumplimentando las instrucciones que por escrito o verbalmente reciban de aquél; 2.- Cumplimentar la terapéutica prescrita por los facultativos encargados de la asistencia, así como aplicar la medicación correspondiente.*

Por NOTORIO INCUMPLIMIENTO, como señala la Administración demandada debe entenderse incumplimiento ostensible, no dudoso ni susceptible de polémica. En el caso analizado, el incumplimiento de la recurrente participa de dicha nota, en la medida en que la recurrente incumple las funciones propias de su puesto de trabajo, no pudiendo prescindir de la prescripción médica para el suministro de fármacos, en tanto que entre sus funciones no se encuentra el decidir y determinar la terapéutica correspondiente a cada uno de los pacientes.

La recurrente considera que el reconocimiento de uno de los hechos por la que es sancionada (suministro de antitérmico sin prescripción médica) y la negación del otro (suministro de suero fisiológico a un paciente con hiperpotasemia y con fracaso renal agudo), conlleva necesariamente la calificación de la infracción cometida como grave, cuando lo que determina que el incumplimiento de funciones sea notorio no es el número de veces que la recurrente ha dejado de cumplir sus funciones, sino si el incumplimiento en cuestión no admite discusión, al margen de las consecuencias derivadas del incumplimiento. Con ello, debe ponerse de manifiesto que el propio hecho reconocido por la recurrente merece ser calificado como una infracción muy grave, en tanto que la recurrente no puede más que auxiliar al médico y cumplir la terapéutica fijada por el mismo.

Así las cosas, el recurso debe ser desestimado, siendo la resolución recurrida conforme a derecho. "

Tercero.- Con carácter previo conviene recordar que la resolución sancionadora a pesar de incluir como hechos probados la administración sin contar con la preceptiva prescripción facultativa de sendas medicaciones a dos pacientes distintos el 17-2-2006, los califica como una única falta muy grave del art. 72.2f) del Estatuto Marco "notorio incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios.

El recurso de apelación no cuestiona el resto de infracciones por las que igualmente se sancionó a la recurrente, por lo que la resolución del recurso de apelación debe limitarse al examen de los motivos alegados para sustentarlo.

En el expediente administrativo remitido obra informe de 9 de enero de 2007 del Jefe del Servicio de Urgencias al que se acompaña escrito de la Jefe de Guardia Sra. Zaida , dando cuenta de la prescripción entre las 15,00 a 22,00 horas del día 17 de 2006 de la administración de un antitérmico por vía venosa a un paciente sin que dicha prescripción constara en el hoja del tratamiento del paciente y sin haber consultado previamente sobre su administración a ningún facultativo y que así mismo se administró durante la citada tarde suero fisiológico con 10 meq. de CLK a una paciente que permanecía en observación por un cuadro de hiperpotasemia y fracaso renal agudo, haciendo constar que dicha prescripción no constaba en la hoja de tratamiento de la paciente. Consta acreditado por el Jefe de servicio de urgencias que la enfermera que estaba en el turno de tarde del día 17-12-2006 en la Unidad de Preingreso del Servicio de Urgencias era D^a Begoña . La recurrente en su declaración de 31 de enero de 2006 admite la administración a un paciente de un antitérmico por vía intravenosa sin estar prescrito por el médico, aunque alega en su descargo que posteriormente el facultativo firmó dicha prescripción y también lo admiten su declaración de 16 de mayo de 2007

Por tanto a la vista de todo ello no cabe sino aceptar que la sentencia ha concluido de forma correcta con la existencia de la infracción prevista en el 72.2 f) respecto al primero de los hechos imputados, a la vista de lo dispuesto en el citado artículo en relación con el art. 59 del Estatuto de personal sanitario no facultativo aprobado por Orden de 26 de abril de 1973

Lo mismo sucede en relación con el segundo de los hechos imputados relativos a la administración a otra paciente el 17.2.2006 de una medicación no pautaada por el medico, desprendiéndose ello tanto de los documentos a que se ha hecho ya referencia como de los documentos que obran a los folios 142 y 143 del expediente remitido, sin que exista confusión respecto a otra paciente cuyo ingreso tuvo lugar el 15-1-2007 y a la que a diferencia de la anterior, sí se le pautaó como medicación 10 meq CLK, de lo que se concluye que no se vulnera por la sentencia el art. 24 de la CE . ni los derechos alegados.

En cuanto a la modificación de la calificación jurídica de los hechos probados la resolución sancionadora asume la calificación jurídica de los 2 y 3 , y discrepa de la calificación del 1 , entendiendo que constituye, una conducta muy grave del art. 72.2 .f)) del Estatuto Marco" ya que la administración de suero fisiológico con 10 meq. De CLK a una paciente con hiperpotasemia supone una grave negligencia que provocó un agravamiento



del estado de la paciente que tuvo que ser trasladada al Hospital General de Alicante aquejada de fracaso renal agudo, para recibir tratamiento de diálisis". Debe recordarse que el art. 45.2 del RD. 33/86 dispone expresamente con relación a la resolución que pone fin al expediente disciplinario que "habrá de ser motivada y en ella no se podrán aceptar hechos distintos de los que sirvieron de base al pliego de cargos y a la propuesta de resolución, sin perjuicio de su distinta valoración jurídica".

En la resolución no se toman en cuenta hechos distintos de aquellos sobre los que pudo alegar y defenderse la actora, sino que sólo se considera que se administró "sin contar con la preceptiva prescripción facultativa suero fisiológico con 10 meq de CLK a un paciente con hiperpotasemia y fracaso renal agudo.", hechos que se recogían tanto en el acuerdo de incoación, como en el pliego de cargos, como en la propuesta de resolución, por lo que la calificación de los mismos que realiza la resolución sancionadora no supone la introducción de hechos nuevos causantes de indefensión a la expedientada.

Lo expuesto conduce a la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia apelada.

Cuarto .- En relación con las costas y a tenor de lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional procede su imposición.

FALLO

DESESTIMAMOS el recurso interpuesto interpuesto por D^a Begoña contra la Sentencia nº 102/2010, de 4 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Alicante en el P.A. 345/2008 .

Con imposición de las costas procesales.

Esta Sentencia es firme, no siendo susceptible de recurso

A su tiempo, con certificación literal de la presente sentencia, devuélvase el expediente administrativo al Centro de procedencia.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Ilma.

Sra. Magistrada Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de la que, como Secretario de la misma, certifico en Valencia, y fecha que antecede.