



Roj: **STSJ CL 3778/2018 - ECLI:ES:TSJCL:2018:3778**

Id Cendoj: **47186330012018100389**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **11/10/2018**

Nº de Recurso: **964/2017**

Nº de Resolución: **909/2018**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FELIPE FRESNEDA PLAZA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN

Sala de lo Contencioso-administrativo de

VALLADOLID

Sección Primera

T.S.J.CASTILLA-LEON CON/ADVALLADOLID

SENTENCIA: 00909/2018

Equipo/usuario: EBL

Modelo: N11600

N.I.G: 47186 33 3 2017 0001038

PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000964 /2017

Sobre: ADMINISTRACION AUTONOMICA

De CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE ENFERMERÍA DE ESPAÑA

ABOGADO D. FRANCISCO CORPAS ARCE

PROCURADOR D. ELIAS GUTIERREZ BENITO

Contra CONSEJERÍA DE SANIDAD

LETRADO DE LA COMUNIDAD

SENTENCIA N.º 909

ILMOS SRES.:

ILMA. SRA. PRESIDENTA:

DOÑA ANA MARÍA MARTÍNEZ OLALLA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DOÑA ENCARNACIÓN LUCAS LUCAS

DON FELIPE FRESNEDA PLAZA

DON LUIS MIGUEL BLANCO DOMÍNGUEZ

En Valladolid, a once de octubre de dos mil dieciocho.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, el recurso contencioso-administrativo n.º **964/2017**, interpuesto por el Procurador Sr. Gutiérrez Benito, en representación del del CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE ENFERMERIA DE ESPAÑA,



siendo parte demandada la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, representada y defendida por Letrado de sus Servicios jurídicos, impugnándose la ORDEN SAN/863/2017, de 6 de octubre, por la que se dispone la vacunación de la población de la Comunidad de Castilla y León frente a la gripe y el neumococo, y habiéndose seguido el procedimiento jurisdiccional ordinario previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra resolución expresada en el encabezamiento.

SEGUNDO. Reclamado el expediente administrativo, de conformidad con el artículo 48 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998, y una vez que fue remitido este, se dio traslado a la parte recurrente para que formulara la demanda, lo que hizo en término legal, efectuando las alegaciones que se expresan en la fundamentación jurídica de esta resolución e interesando en el suplico:

"que tenga por presentado este escrito con los documentos que se acompañan, se sirva admitirlo y tener por formulada en tiempo y forma DEMANDA, y tras los trámites legales oportunos, se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de pleno derecho de la Orden SAN/863/2017, de 6 de octubre, por la que se dispone la vacunación de la población de la Comunidad de Castilla y León frente a la gripe y el neumococo, de la Consejería de Sanidad, con expresa imposición de costas a la Administración demandada TERCERO. La representación procesal de la parte demandada contestó a la demanda, alegando la legalidad del acuerdo recurrido".

TERCERO. Las partes no solicitaron el recibimiento del juicio a prueba, ni la formulación del escrito de conclusiones.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FELIPE FRESNEDA PLAZA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se plantea en el presente recurso jurisdiccional, la impugnación de la ORDEN SAN/863/2017, de 6 de octubre, por la que se dispone la vacunación de la población de la Comunidad de Castilla y León frente a la gripe y el neumococo.

Las cuestiones específicas que se plantean en el presente procedimiento son las relativas a los vicios procedimentales que se denuncian, al no haberse seguido el expresado procedimiento, los trámites que se requieren para la aprobación de las disposiciones generales, que es la naturaleza que se atribuye en la demanda al acuerdo impugnado, o incluso de entenderse que se trata de un acto singular se reputa, asimismo, que se trata de un acto no ajustado a derecho, al haberse prescindido de los informes precisos para su adopción al efecto de justificar la adopción del acuerdo.

En los demás, en cuanto al fondo las cuestiones que se plantean en el presente recurso han sido resueltas en la reciente sentencia de la Sala de 28 de septiembre de 2018, recurso 769/2017, por lo que se dará al presente recurso la misma respuesta que se daba en dicha sentencia.

SEGUNDO. Los vicios de nulidad alegados en relación con el procedimiento de aprobación seguido para la adopción del acuerdo recurrido, en la forma ya expuesta previamente, se encuentran conectados a que dicho acuerdo tuviera la naturaleza de una disposición general.

Al respecto ha de entenderse que el reiterado acuerdo, no tiene carácter de disposición general, en cuanto que se trata de un acto ordenado, no ordinamental, sujeto a las normas jurídicas que aplica, sin carácter innovativo del ordenamiento jurídico, sin vocación de permanencia, consumiéndose con su aplicación, al culminar la campaña de vacunación a que se refiere.

Así, se ha de considerar que se limita a aplicar las normas que se citan en su preámbulo, cuales son:

- La Ley 33/2011, General de Salud Pública, que como se razona en el citado preámbulo, en su artículo 6.4 incluye dentro de la cartera básica y común en el ámbito de la salud pública, el calendario de vacunaciones, y en su artículo 19.2.c) se refiere al impulso por parte de las administraciones de dichas campañas de vacunación.
- El IV Plan de Salud, perspectiva 2020, aprobado por Acuerdo 45/2016, de 21 de julio, de la Junta de Castilla y León.
- El artículo 7 letra f) de la Ley 10/2010 de 30 de agosto de ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León, que atribuye a la Consejería de Sanidad la realización sistemática de acciones para la prevención de la enfermedad y los riesgos y amenazas contra la salud.



- Las Recomendaciones de vacunación frente a la gripe (temporada 2017/2018) efectuadas por la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Con el acuerdo impugnado en modo alguno se innovan tales disposiciones y acuerdos, sino que se limita a su aplicación.

Se trata, así, de un acto singular, que tiene la motivación establecida en su preámbulo, y que se ha adoptado tras la propuesta razonada de la Dirección General de Salud Pública, de 5 de octubre de 2017, obrante en el expediente administrativo, sin que se requiera ningún trámite específico más. Por lo tanto, desde la expresada consideración de resolución singular, tampoco puede considerarse que exista una falta de motivación de la resolución recurrida, no requiriéndose ningún trámite a mayores, como son los informes a que se refiere la demanda.

TERCERO. En cuanto al fondo del asunto han de reproducirse los argumentos que se daban en la reciente sentencia de la Sala de 28 de septiembre de 2018, antes aludida, en la que se decía:

1.- La parte recurrente impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Orden SAN/863/2017, de 6 de octubre, por la que se dispone la vacunación de la población de la Comunidad de Castilla y León frente a la gripe y el neumococo, en cuanto en ella se impone al personal de enfermería la obligación de administrar dicha vacuna a la población diana cuya vacunación se recomienda de acuerdo con las Instrucciones de la Dirección General de Salud Pública, así como con la información técnica y complementaria que dichas Instrucciones incluyen (resuelto cuarto), sin diagnóstico ni prescripción previa, lo que, a su juicio, vulnera lo establecido en el art. 3.2 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, porque para que un enfermero pueda indicar, usar o autorizar un medicamento sujeto a prescripción médica, como lo es la vacuna de la gripe, es necesario que el enfermero posea la correspondiente acreditación emitida por la Dirección General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y que el correspondiente profesional prescriptor haya determinado previamente el diagnóstico, la prescripción y el protocolo o guía de práctica clínica y asistencial a seguir, validado conforme a lo establecido en el art. 6 de ese Real Decreto, protocolo o guía de actuación que en la actualidad no existen.

Añade que el calendario vacunal que acuerda el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud no puede considerarse como una orden de la autoridad sanitaria que lleve implícita una prescripción médica y que como tal deba ser cumplimentada por los profesionales de enfermería al margen de lo previsto en el mencionado Real Decreto, pues dicho órgano solo emite "recomendaciones" siendo preciso, en todo caso, al ser la vacuna un medicamento sujeto a prescripción, que esta se realice por el profesional competente, esto es, por el personal médico y otras profesiones sanitarias legal y expresamente autorizadas, con arreglo al 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.

Sostiene, también, que el Real Decreto 954/2015 no está sujeto a un periodo transitorio que pueda amparar la vacunación en los términos establecidos en la Orden impugnada.

2.-La Letrada de la Administración demandada, en la representación que ostenta, se opone a la demanda alegando que la propia demandante reconoce que el personal de enfermería ha venido administrando la vacuna, en este caso, contra la gripe y el neumococo, sin prescripción médica desde hace más de 30 años y ni las normas de rango legal vigentes en los últimos 10 años ni la vigente en la actualidad han sido obstáculo, no obstante considerar que la facultad de prescripción solo corresponde a médicos, odontólogos y con determinadas limitaciones a los profesionales de la enfermería, para que estos últimos administren las vacunas incluidas en campañas y calendarios oficiales, una vez dada la orden por la autoridad sanitaria y sin necesidad de prescripción médica. Y ello es así, dice, porque las campañas de vacunación son y han sido siempre medidas de salud pública y la vacunación sistemática de la población derivada de las mismas no es ni ha sido considerada como un acto médico individual que requiera de la valoración y diagnóstico individualizado de un paciente. Señala que la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de la Salud Pública, atribuye al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de la Salud la competencia para acordar el calendario de vacunación único para toda España, habilita a las Comunidades Autónomas a modificarlo por razones epidemiológicas y reconoce al Ministro la condición de autoridad sanitaria y la Ley 8/2010, de 30 de agosto, de ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León, reconoce también la condición de autoridad sanitaria al Consejero de Sanidad, atribuyéndole entre otras funciones, la realización sistemática de acciones para la prevención de enfermedades.

Y, añade, estas facultades de intervención de las autoridades sanitarias en cuanto a la planificación, adopción y ejecución de medidas preventivas que incidan sobre la salud colectiva, que en la vacunación sistemática encuentra su máxima expresión en términos de resultados en salud, están incorporadas al ordenamiento



jurídico español desde principios del siglo XX, desarrollándose la estructura de prevención y control de las enfermedades infecciosas a través de importantes disposiciones generales como la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, la Ley 22/1980, de 24 de abril, de modificación de la base IV de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y una vez desarrollado el Estado de la Autonomías, en la Comunidad de Castilla y León, la Ley 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario (derogada por la actual Ley 8/2010, de 30 de agosto, de ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León). El Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, cuya entrada en vigor según los recurrentes impide a las autoridades sanitarias desplegar sus facultades de intervención, como norma reglamentaria que es debe aplicarse e interpretarse en el marco de las normas superiores de rango legal y en consecuencia, no es posible que lo que el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, y la Ley 33/2011, de 4 de octubre (y antes la Ley General de Sanidad) habilitan, esto es que en las campañas y calendarios oficiales de vacunación los profesionales de enfermería administren las vacunas una vez emitida la orden por la autoridad sanitaria, como así reconoce el propio recurrente, pueda impedirlo una norma de rango inferior dictada en su desarrollo.

3.- El recurso, ya se adelanta se desestima por las razones que a continuación se exponen.

3.1. No hay cambio normativo, desde la perspectiva de la obligación del personal de enfermería de administrar la vacuna frente a la gripe y al neumococo a la población diana, que justifique su pretensión, pues tanto antes (art. 77.1 y disposición adicional duodécima de la Ley 29/2006, de 26 de julio , de garantías y uso racional del medicamento y art. 77.1 de esa Ley, tras su modificación por la Ley 28/2009, de 30 de diciembre), como ahora (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 -Se ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de la referencia al "Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad" del párrafo 5 del apartado 1, en los términos del fj 9, por Sentencia del TC 76/2018, de 5 de julio , y el Real Decreto 954/2015, que invoca la parte recurrente)), los médicos y otros profesionales sanitarios, en el ámbito de sus competencias respectivas, son los únicos profesionales con facultad para recetar medicamentos sujetos a prescripción médica. No obstante, lo cual, en años anteriores el personal de enfermería administraba las vacunas de que se trata, que son medicamentos sujetos a prescripción médica, durante las campañas oficiales con arreglo al calendario oficial en los términos señalados por la autoridad sanitaria.

3.2.- Las normas se han de interpretar en relación con su contexto, atendiendo a su espíritu y finalidad (art. 3.1 del C.Civil).

La interpretación que 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 del art. 3 del Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, efectúa la parte recurrente para sostener la ilegalidad de la Orden impugnada es contraria a una interpretación sistemática y finalista de la norma encuadrada dentro del sistema normativa que regula la acción sanitaria por parte de las Administraciones Públicas.

Resulta preciso distinguir entre las acciones de prevención sanitaria que afectan a la población en general y las de atención sanitaria a un concreto ciudadano con un tratamiento individualizado prescrito por el médico correspondiente.

También, conviene poner de relieve que, uno de los fines que se persiguen con el 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, tal y como se indica en su preámbulo, es que los medicamentos los pacientes los reciban y los utilicen de forma adecuada a sus necesidades clínicas y en las dosis precisas *según sus requerimientos individuales*, durante el período de tiempo adecuado, con la información necesaria para su correcto uso y al menor coste posible. Y es por ello, que se configuran las recetas como los documentos *que aseguran la instauración de un tratamiento* con medicamentos y se establece como únicos profesionales *con facultad para recetar* medicamentos sujetos a prescripción médica a los médicos, odontólogos o podólogos, en el ámbito de sus competencias respectivas. Pero las vacunas son medicamentos *especiales* (art. 45.1 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio) y el riesgo que se pretende evitar mediante la exigencia de receta no se da con la vacuna puesto que esta se administra a la población diana en la forma establecida por la autoridad sanitaria en el marco de una acción de prevención sanitaria.

3.3 Dentro del marco normativo europeo, el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que "al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana", añadiendo, a continuación, que "la acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, *prevenir las enfermedades humanas* y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica".

Por otro lado, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone en su artículo 35 que "Toda persona tiene derecho a *la prevención sanitaria* y a beneficiarse de la atención sanitaria conforme a



las condiciones establecidas en las disposiciones nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana".

En la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2009 se considera a la gripe estacional una enfermedad viral contagiosa que se manifiesta en forma de epidemia durante los meses de invierno en Europa, es una de las enfermedades contagiosas más significativas y habituales y una causa importante de morbilidad y mortalidad en todos los Estados miembros, por lo que se les anima a que adopten y apliquen planes de acción de acción o políticas nacionales, regionales o locales, según proceda, destinados a mejorar el nivel de vacunación contra la gripe estacional.

3.4. En el ámbito nacional, dentro de las actuaciones de salud pública que corresponden a las Administraciones sanitarias, se contempla la de la prevención de problemas de salud mediante, entre otras acciones, impulsar acciones de prevención primaria, como la vacunación (art. 19.2.c de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública), correspondiendo al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud acordar un calendario único de vacunas en España, que las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla sólo pueden modificar por razones epidemiológicas (art. 19.3.a de la Ley 33/2011); la forma de plasmar sus acuerdos es a través de recomendaciones que se aprueban, en su caso, por consenso (art. 73.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud). En el presente caso, las Recomendaciones de vacunación frente a la gripe (temporada 2017/2018) han sido aprobadas el 28 de septiembre de 2017 por la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

3.5. El calendario único de vacunación está incluido en la cartera de servicios básica y común en el ámbito de la salud pública a través de la que se satisface *el derecho a la igualdad de los ciudadanos en salud pública* (art. 6.4 de la Ley 33/2011).

Ello supone que el ciudadano tiene derecho a que se le suministre la vacuna en los términos y supuestos contemplados en ese calendario y, por ello, no queda condicionado su derecho a la correspondiente prescripción médica.

El que se apruebe el calendario de vacunación mediante una recomendación supone que para el ciudadano es un derecho, pero no una obligación, el vacunarse. También que para el médico no es obligatorio prescribir la vacuna y puede motivadamente apartarse. Pero dicha posibilidad no alcanza al personal de enfermería. Su obligación de administrar la vacuna de la gripe y el neumococo deriva de su deber de cumplir con diligencia las instrucciones recibidas de sus superiores jerárquicos en relación con las funciones propias de su nombramiento (art. 10.d, Ley 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León y art. 7.2.a de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias). Entre sus funciones se encuentran las relacionadas con "la prevención de enfermedades". Por otro lado, el Consejero de Sanidad es autoridad sanitaria, con arreglo al art. 41 de la Ley 10/2010, de 27 de septiembre, de Salud Pública y Seguridad Alimentaria de Castilla y León, al que compete la vigilancia e intervención epidemiológica frente a situaciones de riesgo de la salud colectiva, sin perjuicio de las que corresponden a la Junta de Castilla y León (art. 21.b de la Ley 10/2010) y la realización sistemática de acciones para, entre otras, la prevención de la enfermedad (art. 7.f de la Ley 8/2010, de 30 de agosto, de Ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León).

No se trata, pues, de que el personal de enfermería al administrar la vacuna frente a la gripe y el neumococo a la población diana de acuerdo con las Instrucciones de la Dirección General de la Salud Pública, tal y como se dispone en la Orden impugnada, se le esté obligando a dictar órdenes de dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica, sin que se cumplan los requisitos que para dictar dichas órdenes se contemplan en el art. 3 del citado Real Decreto 954/2015.

Por el contrario, se les está encomendando la realización de una actividad que entra dentro de sus funciones: cumplir unas Instrucciones dadas por la autoridad sanitaria competente en el marco de una acción de prevención sanitaria (distinta al acto médico individual) que es preciso realizar en un periodo determinado para conseguir, lo que, a nivel de la Unión Europea, se señala en la Recomendación del Consejo de 22 de diciembre de 2009, esto es, alcanzar un nivel de vacunación del 75% de las personas mayores recomendado por la OMS.

TERCERO. A tenor de los razonamientos precedentes la demanda ha de ser íntegramente desestimada.

CUARTO. En cuanto a las costas, previene el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta Jurisdicción, en la redacción aplicable a este procedimiento que "En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho". Y en el presente caso, desestimado el recurso, sin que existan dudas de hecho o de derecho, procede su imposición a la parte actora.



En aplicación del principio de moderación, del que se hacen eco diversas sentencias del Tribunal Supremo, como son las de 19 y 25 de febrero de 2010, en atención a la dificultad del asunto y la labor efectivamente realizada en el procedimiento, se considera que la cantidad máxima a que debe ascender la tasación de costas a realizar por todos los conceptos, excepto el Impuesto sobre el Valor Añadido, ha de ser la cifra de 1.500 euros.

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso interpuesto por la representación procesal de la parte actora, contra el acuerdo expresado en el encabezamiento y primer fundamento de Derecho de esta resolución, la ORDEN SAN/863/2017, de 6 de octubre, por la que se dispone la vacunación de la población de la Comunidad de Castilla y León frente a la gripe y el neumococo, por ser ajustado a Derecho dicho acuerdo, en los motivos de impugnación alegados, e improcedentes las pretensiones de la parte actora, todo ello con imposición de costas a dicha parte recurrente, en la cuantía máxima por todos los conceptos, excepto el Impuesto sobre el Valor Añadido de 1.500.

Esta sentencia no es firme y contra ella cabe interponer recurso de casación si concurren los requisitos exigidos en los artículos 86 y siguientes de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que se preparará ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, no pudiendo firmar el Ilmo. Magistrado Sr. LUIS MIGUEL BLANCO DOMÍNGUEZ, haciéndolo en su nombre la Ilma. Sra. Presidenta de la Sala.