

Tribunal Supremo Sala III de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 2 de febrero de 2010

En la Villa de Madrid, a dos de Febrero de dos mil diez.

Visto por la Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo, **el recurso de casación número 5879/2007, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la Abogacía del Estado en la representación que le es propia, contra la sentencia dictada el veintiséis de septiembre de dos mil siete, por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, recaída en los autos número 267/2006.**

Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida el procurador don Alejandro González Salinas, en nombre y representación del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en los autos número 267/2006, dictó sentencia el día veintiséis de septiembre de dos mil siete , cuyo fallo dice: "*1.- ESTIMAMOS, EN PARTE, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación oficial del CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE MEDICOS contra la Orden SCO/1741/2006, de 29 de mayo (BOE 134, de 6 de junio), y acogiendo la pretensión deducida en el apartado 1 de la Súplica de la Demanda, declaramos la nulidad del apartado Cinco del Artículo único, así como la disposición adicional única, de la citada Orden Ministerial. Desestimamos la pretensión deducida en el apartado 2 de la súplica de la demanda. 2.- Sin imposición de costas.*"

SEGUNDO.- La Abogacía del Estado interpuso recurso de casación mediante escrito de fecha veinticinco de noviembre de dos mil ocho.

TERCERO.- Mediante providencia de fecha nueve de marzo de dos mil nueve, dictada por la Sección Primera de esta Sala, se admite a trámite el recurso de casación, acordándose remitir las actuaciones a esta Sección Cuarta, conforme a las reglas del reparto de asuntos; donde se tienen por recibidas el veinte de abril de dos mil nueve, confiriéndose traslado a la parte recurrida para oposición.

CUARTO.- La representación procesal del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, presentó escrito de oposición el día veinte de julio de dos mil nueve.

QUINTO.- Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día diecinueve de enero de dos mil diez, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado los trámites establecidos por la ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Marti,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En este recurso de casación se impugna por la Abogacía del Estado la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha veintiséis de septiembre de dos mil siete , que estimó, en parte, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos contra la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 29 de mayo de 2006 por la que se modifican los anexos del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre , por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

Los preceptos anulados por la sentencia impugnada fueron el apartado quinto del artículo Único y la Disposición adicional Unica de la citada disposición geneal que respectivamente establecen:

La referencia U.900 del anexo II queda redactada del siguiente modo:

«U.900 Otras unidades asistenciales: unidades bajo la responsabilidad de profesionales con titulación oficial o habilitación profesional que, aun cuando no tengan la consideración legal de «profesiones sanitarias tituladas y reguladas» en el sentido previsto en el artículo 2.1 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, llevan a cabo actividades sanitarias que no se ajustan a las características de ninguna de las unidades anteriormente definidas, por su naturaleza innovadora, por estar en fase de evaluación clínica, o por afectar a profesiones cuyo carácter polivalente permite desarrollar, con una formación adecuada, actividades sanitarias vinculadas con el bienestar y salud de las personas en centros que tengan la consideración de sanitarios.»

Disposición adicional Unica. Consultas de psicología.

"1. A las solicitudes de autorización de consultas de psicología les serán de aplicación lo previsto en el apartado U.900 del anexo II del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, cuando el solicitante, aún no ostentando el título de especialista en Psicología clínica, acredite, bien haber cursado los estudios de la licenciatura de Psicología siguiendo un itinerario curricular cualificado por su vinculación con el área docente de Personalidad, Evaluación y Tratamiento Psicológicos o con la Psicología Clínica y de la Salud, o bien acredite una formación complementaria de posgrado relativa a dichas áreas, no inferior a 400 horas, de las que al menos 100 deberán ser prácticas tuteladas por psicólogos especialistas en Psicología clínica en centros, instituciones o servicios universitarios de psicología donde se realicen actividades de atención a la salud mental, o en consultas o gabinetes de psicología clínica, debidamente autorizados, conforme a las previsiones del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre.

2. Las administraciones sanitarias, a fin de determinar si los itinerarios curriculares de la licenciatura o la formación complementaria alegada por los solicitantes se adecuan a las materias que se citan en el apartado anterior, podrán solicitar asesoramiento a las Facultades de Psicología y a la Organización Colegial de Psicólogos, o a los Ministerios de Sanidad y Consumo y de Educación y Ciencia, a través de la Comisión Nacional de la Especialidad de Psicología Clínica.

3. Lo previsto en esta disposición adicional se entiende sin perjuicio de su adaptación a las normas que se dicten para adecuar el ordenamiento jurídico del Estado al Espacio Europeo de Educación Superior, una vez que se desarrollen los Reales Decretos 55/2005, de 21 de enero, por el que se establece la estructura de las enseñanzas universitarias y se regulan los estudios universitarios oficiales de Grado, y 56/2005, de 21 de enero, por el que se regulan los estudios universitarios oficiales de posgrado."

SEGUNDO.- Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional el representante y defensor de la Administración aduce tres motivos de casación; el primero, por infracción de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias, y, en concreto el significado de la expresión "profesionales sanitarios", en el sentido amplio, que resulta de los preceptos de la citada Ley, como son los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y Disposición adicional séptima; el segundo, que está en íntima relación con el anterior por vulneración del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, que, en su opinión, la Orden recurrida modifica; y el tercer motivo, y como colofón de lo expuesto, en la conculcación el principio de protección pública de la salud recogido en el artículo 43 de la Constitución en relación con los artículos 26.2 y 27.3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

TERCERO.- En la formulación del primer motivo de casación sostiene la Abogacía del Estado que la sentencia recurrida considera que los dos preceptos que anula, extienden el ámbito subjetivo delimitado por la Ley 44/2003 y por el Real Decreto 1277/2003 que la desarrolla, pues, éste define la actividad sanitaria como la llevada a cabo por "profesionales sanitarios" y la ley reserva el ejercicio de la profesión sanitaria a la posesión de las licenciaturas y de los títulos de especialidad que señala; cuando, a su juicio, la Sala de instancia yerra al identificar los términos de "profesión sanitaria titulada y regulada", "profesional sanitario" y "actividad sanitaria", e ignora los artículos 3.4 y 4 de la Ley 44/2003, que utilizan el término de profesional sanitario en sentido amplio, ya que, la citada Ley distingue claramente las "profesiones sanitarias tituladas y reguladas" en el sentido previsto en el artículo 36 de la Constitución a las que se refiere el artículo 2 en relación con el 6 y 7 (de nivel de Diplomado universitario y Licenciados especialistas en ciencias de la salud), de "**otros profesionales sanitarios que no tienen tal consideración**" a los que se refiere el artículo 3: "profesionales del área sanitaria de formación profesional" y su Disposición adicional séptima (ATS no universitarios y licencias en Ciencia y Tecnología de los Alimentos), pues tanto, los unos como los otros, son profesionales sanitarios en sentido amplio, llevando a cabo actividades que en ambos casos tienen el carácter de sanitarias.

CUARTO.- La Sala de instancia, después de hacer unas breves consideraciones sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y sobre la finalidad y contenido del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre y la Orden 1741/2003, de 29 de mayo , analiza a la luz de los artículos 2.2, 6 y 16 de la Ley de Ordenación de las profesiones sanitarias, los preceptos recurridos, y llega a la conclusión que son nulos el apartado "cinco " del "Artículo Unico" y la "Disposición adicional Unica" pues entiende que, *"de los preceptos legales que acaban de transcribirse, se desprende que constituye profesión sanitaria de nivel Licenciado la profesión para cuyo ejercicio habilitan los títulos de Licenciado que nominatim contempla el art. 2.2 de la Ley , además de los títulos oficiales de especialista, la modificación de cuya relación requiere norma con rango de ley. Y entre los títulos oficiales de especialista se encuentra el título Oficial de Psicólogo Especialista en Psicología Clínica, creado mediante Real Decreto 2490/1998, de 20 de noviembre, desarrollado por Orden PRE/1107/2002, de 10 de mayo , y modificado Por Real Decreto 654/2005, de 6 de junio . De manera que, como se pone de manifiesto en el preámbulo de la Orden impugnada, es la especialidad de psicología clínica así creada la que fue considerada posteriormente como una «profesión sanitaria titulada y regulada», en los términos previstos en el artículo 36 de la Constitución, por la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias , que, sin embargo, no considera como tal al licenciado en psicología sin dicha especialidad."* añadiendo el Tribunal que *"al modificar la Orden impugnada la definición de la unidad asistencial "U.900 Otras Unidades Asistenciales" [que en la regulación originaria estaban sometidas a la responsabilidad de profesionales sanitarios , capacitados por su titulación oficial o habilitación profesional que realizan actividades sanitarias innovadoras o en fase de innovación clínica], sometiendo las mismas a la responsabilidad de profesionales con titulación oficial o habilitación profesional, aun cuando no tengan la consideración legal de "profesiones sanitarias tituladas y reguladas " en el sentido previsto en el artículo 2.1 de la Ley 44/2003 , que lleven a cabo actividades sanitarias de naturaleza innovadora o en fase de evaluación clínica, o que afecten a profesiones cuyo carácter polivalente permite desarrollar, con una formación adecuada, actividades sanitarias vinculadas con el bienestar y salud de las personas en centros que tengan la consideración de sanitarios, con el fin -según su preámbulo- de "que el elevado número de licenciados en psicología sin especialidad puedan acogerse al régimen de autorizaciones en los términos previstos por esta Orden, cuando se pretenda que los centros o gabinetes donde ejercen su profesión tengan la consideración de centros sanitarios"; al proceder así, decimos, está extendiendo el ámbito subjetivo delimitado por la Ley 44/2003 y por el Real Decreto 1277/20003 , en cuanto que éste define la actividad sanitaria como "conjunto de acciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento o rehabilitación, dirigidas a fomentar, restaurar o mejorar la salud de las personas realizadas por profesionales sanitarios", y aquella reserva el ejercicio de la profesión sanitaria a la posesión de las licenciaturas y de los títulos oficiales de especialista que señala. Lo que, aunque a tenor de los elementos de juicio incorporados al expediente -único elemento de prueba incorporado al proceso- no pueda considerarse una actuación arbitraria constitutiva de desviación de poder, sí comporta la vulneración del principio de legalidad, en atención a lo establecido en los artículos 2, 6 y 18 de la Ley 44/2003 , así como en el art. 2 y en la disposición final segunda del Real Decreto 1277/2003 , en relación con los artículos 9 y 36 CE ."*

Compartimos este criterio del Juzgador, pues la Ley 44/2003 , al igual que el Real Decreto 1277/2003 , que sólo contempla la autorización de unidades asistenciales de "psicología clínica", excluye en su artículo 2 de la relación de "profesiones sanitarias tituladas" a los licenciados en psicología, pues, por su carácter polivalente no se ha considerado específicamente sanitaria su actividad, como expresamente reconoce el apartado "cinco" del Artículo Unico, al señalar que "aún cuando no tengan la consideración legal de profesiones sanitarias y reguladas" en el sentido previsto en el artículo 2.1 de la Ley 44/2003 llevan a cabo actividades sanitarias que no se ajustan a ninguna de las características de ninguna de las unidades anteriormente definidas, por su naturaleza innovadora, por estar en fase de evaluación clínica, o por afectar a profesiones cuyo carácter polivalente permite desarrollar con una formación adecuada"; precisando la Disposición adicional única que para las autorizaciones de consultas de psicología, será preciso que el solicitante acredite, haber cursado los estudios de la licenciatura de Psicología siguiendo un itinerario curricular cualificado por su vinculación con el área docente de Personalidad, Evaluación y Tratamiento Psicológicos o con la Psicología Clínica y de la Salud, o bien acredite una formación complementaria de posgrado relativo a dichas áreas, no inferior a un determinado número de horas.

En consecuencia este motivo de casación debe ser desestimado pues dentro del concepto de "profesiones sanitarias tituladas" de la Ley 44/2003 , no comprende a los licenciados en Psicología dentro de la especialidad de Psicología Clínica, ya que como declaramos en nuestra sentencia de fecha seis de marzo de dos mil seis -recurso número 177/2003 -: "para entender que comprende el concepto facultativo sanitario hemos de acudir a la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, Ordenación de las profesiones sanitarias cuyo artículo 6 , en el apartado segundo, relativo a Licenciados sanitarios enumera médicos, farmacéuticos, dentistas y veterinarios con las funciones

allí expresadas. Pero cuyo apartado tercero adiciona que " *son también profesionales sanitarios de nivel Licenciado quienes se encuentren en posesión de un título oficial de especialista en Ciencias de la Salud establecido, conforme a lo previsto en el art. 19.1 de esta Ley , para psicólogos, químicos, biólogos, bioquímicos u otros licenciados universitarios no incluidos en el número anterior. Estos profesionales desarrollarán las funciones que correspondan a su respectiva titulación, dentro del marco general establecido en el art. 16.3 de esta Ley "*.

Apartado 16.3 de la antedicha Ley que dice: "*Sin perjuicio de las facultades que asisten a los profesionales citados en los artículos 6.2 y 7.2 de esta Ley , ni de los derechos reconocidos, por norma legal o reglamentaria, a quienes se encuentran habilitados para desempeñar plaza de especialista sin el correspondiente título, la posesión del título de especialista será necesaria para utilizar de modo expreso la denominación de especialista, para ejercer la profesión con tal carácter y para ocupar puestos de trabajo con tal denominación en centros y establecimientos públicos y privados*". "

QUINTO.- Expresamente admite la Abogacía del Estado, que el segundo motivo de casación está "en íntima relación con el anterior" y esto es así, porque se proyecta la segunda infracción que se imputa a la sentencia impugnada en la vulneración del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre , por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios que la Orden recurrida modifica, pues, a su entender, se vulnera el artículo 2 del citado Real Decreto , porque éste, en contra de lo que dice la sentencia impugnada, no utiliza la expresión "profesionales sanitarios" para referirse sólo a los que desempeñan las "profesiones sanitarias y reguladas" a que se refiere el citado artículo 2 de la Ley 44/2003 .

Con este inicial planteamiento reitera la Abogacía del Estado los argumentos esgrimidos en el motivo anterior, que, a su vez, complementa con el contenido del Anexo del Real Decreto 1277/2003 y en la Disposición final segunda a cuyo amparo se dictó en parte la Orden anulada, al facultar al Ministerio de Sanidad y Consumo: "*para dictar cuantas disposiciones requiera la aplicación de lo dispuesto en este Real Decreto, así como para la actualización de la clasificación y de las definiciones de centros, servicios y establecimientos sanitarios y unidades asistenciales a las que se refieren sus anexos*".

Este motivo también debe ser desestimado, pues, sin la habilitación de una ley formal, no puede otorgarse a cualquier actividad aunque tenga relación con las profesiones sanitarias, el carácter de sanitaria y consiguientemente, tal posibilidad de otorgar autorizaciones sanitarias para centros o establecimientos relacionados con la salud, sólo se contempla para los licenciados Especialistas en Psicología Clínica -artículo 2 de la Ley 44/2003 -, sin que por otra parte, sea trascendente jurídicamente para la resolución de este motivo de casación los ejemplos que aduce la Abogacía del Estado sobre determinados responsables de algunas unidades operativas, que son simplemente facultativos, pues el hecho de que se hable de facultativo no determina que la actividad tenga el contenido específico que establecen el artículo "UNICO" y Disposición adicional "UNICA" de la Norma impugnada.

SEXTO.- El último motivo de casación y como colofón de todo lo expuesto por la parte recurrente se alega la vulneración del principio de protección pública de la salud, recogido en el artículo 43 de la Constitución, en relación con los artículos 26.2 y 27.3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, también debe ser desestimado.

Este motivo debe ser rechazado pues se plantea una cuestión nueva que por no haber sido aducida en la instancia, el Tribunal "a quo" no pudo analizarla.

SEPTIMO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad establecida en el apartado tercero del citado precepto limita el importe máximo a reclamar por los honorarios del letrado del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos la cantidad de tres mil euros -3.000€-.

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha veintiséis de septiembre de dos mil siete , recaída en el recurso número 267/2006, que estimó, en parte, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos contra la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 29 de mayo de 2006 y declaró la nulidad del apartado quinto del artículo Unico y la Disposición adicional Unica de la citada Orden Ministerial; con expresa condena de las costas de este recurso de casación a la parte recurrente dentro de los límites señalados en el fundamento jurídico séptimo de ésta, nuestra sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Enrique Lecumberri Marti, en audiencia pública celebrada en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.