

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO DE APELACIÓN N° 136/2017**

**SENTENCIA NUMERO 393/2017**

ILMOS/AS. SRES/AS.

PRESIDENTE:

D<sup>a</sup>. MARIA JOSEFA ARTAZA BILBAO

MAGISTRADOS/AS:

D. JOSE ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ

D<sup>a</sup>. TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO

En la Villa de Bilbao, a veintisiete de junio de dos mil diecisiete.

La Sección 3<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación interpuesto por OSAKIDETZA - SERVICIO VASCO DE SALUD, contra el Auto n° 155-2016 dictado el 22 de noviembre por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n° 2 de los de Vitoria en la Pieza de Medidas Cautelares Provisionalísimas n° 370-2016 dimanante del Procedimiento Abreviado n° 82-2016.

Son parte:

- **APELANTE:** OSAKIDETZA-SERVICIO VASCO DE SALUD, representado por el Procurador D. GERMÁN ORS SIMÓN y dirigido por el Letrado D. Letrado D. FRANCISCO JAVIER FUERTES MACHIN.

- **APELADO:** COLEGIO DE ENFERMERIA DE ALAVA, COLEGIO DE ENFERMERIA DE BIZKAIA y COLEGIO DE ENFERMERIA DE GIPUZKOA, representados por el Procurador D. LUIS PABLO LÓPEZ-ABADIA RODRIGO y dirigidos por el Letrado D. MIKEL BADIOLA GONZÁLEZ.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Contra el auto identificado en el encabezamiento se interpuso por OSAKIDETZA - SERVICIO VASCO DE SALUD recurso de apelación ante esta Sala, suplicando que se dicte resolución que revocando el auto apelado, desestime la solicitud de suspensión cautelar efectuada por los Colegios recurrentes.

**SEGUNDO.-** El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al recurso y, en su caso, adherirse al mismo, verificada la oposición por la apelada, suplicó la destimación íntegra del recurso de apelación, confirmando la legalidad del auto recurrido y de la suspensión acordada por él, imponiendo las costas a la entidad apelante.

**TERCERO.-** Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 27/6/2017, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

**CUARTO.-** Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se impugna el Auto nº 155-2016 dictado el 22 de noviembre por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de Vitoria en la Pieza de Medidas Cautelares Provisionalísimas nº 370-2016 dimanante del Procedimiento Abreviado nº 82-2016.

**SEGUNDO.-** La resolución apelada suspende la eficacia de la Instrucción 7-2015 que disponía que las campañas de vacunación en curso o las vacunaciones programadas por calendario vacunal no se verían afectadas con la vigencia del Real Decreto 954-2015 y continuarían aplicándose las reglas anteriores a esta.

El criterio jurisdiccional se asienta en que el Real Decreto no ha sido objeto de suspensión cautelar por el Tribunal Supremo en ninguno de los múltiples recursos

planteados y en la traslación al caso del criterio que dicho Tribunal razona en los Autos dictados tomando como premisa que bajo la veste de una Instrucción interpretativa se está privando de eficacia, en los aspectos reseñados, al Real Decreto.

En la Apelación se cuestiona que la Instrucción afecte a las recurrentes o a la enfermería en general ya que se destina a los Directores de las Organizaciones de Servicios y a continuación se van analizando los diversos elementos exigibles en toda pretensión cautelar para concluir que no se concitan en el presente.

**TERCERO.-** Han sido hasta el momento actual múltiples los Autos dictados por el Tribunal Supremo resolviendo denegar la suspensión cautelar del Real Decreto 954-2015 instada desde varios grupos asociativos representantes de intereses de profesiones sanitarias, así el dictado el 13 de abril de 2016-recurso nº 4086/2016 y, entre otros, los en él mencionados de 2 y dos de 24 de febrero, 2, 1, 15 y dos de 29 de marzo de 2016, dictados en los recursos 41, 148 y 161, 649, 642 y 3562, 4121 y 4165/2016.

Concretamente en cuanto a la administración de vacunas es el de 15 de marzo de 2016-recurso nº 3562/2016 es el que resuelve el asunto.

En ellos encontramos, de forma resumida, la confirmación del mantenimiento de las premisas esenciales del incidente cautelar atinentes al caso y de algunas otras más generales de las que en términos más amplios se habían hecho eco resoluciones anteriores del mismo Tribunal como las Sentencias de 6 de febrero de 2007-recurso nº 6632-2004, de 9 de marzo de 2010-recurso nº 150-2008, 22 de febrero de 2011-recurso nº 129-2009, 18 de mayo de 2011-recurso nº 1489-2012 y Autos de 31 de marzo de 2011-recurso nº 169-2011, de 28 de marzo de 2012-recurso nº 885-2012 y de 17 de diciembre de 2013-recurso nº 472-2013.

Todo este bagaje nos permite resolver las diversas cuestiones que se suscitan Apelación del modo que pasamos a exponer reconociendo desde este momento sin lugar a duda la cuestionada legitimación de los recurrentes en tanto en cuanto exponentes de la denominada administración corporativa, representantes de ciertos intereses públicos y privados de la profesión en abstracto y de las personas en ellos colegiadas en tanto que profesionales sanitarios y en tanto en cuanto que la hipotética estimación de la acción jurisdiccional por su parte promovida va a implicar una alteración en el estatus jurídico previo, el causado por la Instrucción impugnada, sin que se pueda por ello considerar que su actuación tiene como único objetivo la defensa de la legalidad, en suma, concurren las notas que caracterizan la legitimación conforme reiterada y constante doctrina del Tribunal Constitucional ( v gr Sentencias nº 38 y 67-2010 y 183-2011 ) y jurisprudencia del Tribunal Supremo ( v gr Sentencias de 17 de mayo y 20 de junio de 2016-recursos nº 1574/2015 y 4172/2014 ).

La denominación que pueda dársele a la Instrucción carece de mayor trascendencia puesto que lo realmente importante es su contenido material y desde tal enfoque, como ya dijimos en la resolución que determinó la competencia del Juzgado, se

trata de un acto administrativo normativo que interpreta una norma y dispone que sus destinatarios han de actuar conforme a dicha exégesis.

Tal naturaleza implica además que no puede conculcar normas, menos aún aquella que pretende interpretar, ni vulnerar la jerarquía normativa ni la competencia de otros órganos o administraciones.

Al contrario de lo que pretende la apelante la Instrucción sí afecta a los intereses de las recurrentes y de la Enfermería, en particular de quienes desempeñan esta profesión bajo la dependencia de aquella. El hecho de ir destinada a las Direcciones de las Organizaciones de Servicios y no concretamente a quienes prestan servicios de enfermería y más concretamente de vacunación no supone que sea una actuación administrativa ad intra carente de efectos jurídicos sobre terceros ni que se trate de una actuación inocua ni que se deba aguardar a recibir las órdenes concretas de servicio para poder actuar, frente a estas. En efecto, la Instrucción representa el inicio de la actuación administrativa ordenada a evitar la aplicación del Real Decreto. A partir de ella será que los Directores impongan su materialización a los Servicios de Enfermería y que los pacientes no puedan ya resultar beneficiarios de la aplicación de las previsiones del Real Decreto. Tiene pues efectos jurídicos y materiales ad intra y ad extra, es, como decimos, el comienzo de la actuación administrativa y por todo ello perfectamente cuestionable por las recurrentes. No es un mero acto declarativo de intenciones ni mucho menos.

Que la Instrucción pretende evitar artificiosamente la aplicación del Real Decreto a algunos actos sanitarios se infiere por una parte de la alusión en su preámbulo a que pretende salvar una hipotética confusión introducida por el Real Decreto, confusión que es inexistente a la vista del contenido de los Autos del Tribunal Supremo antes mencionados.

Pero donde realmente se observa lo artificioso del argumento es en la creación de una nueva acepción del verbo prescribir ya que se dice que por el mero hecho de haberse introducido la vacuna administrativamente en el calendario de vacunaciones ya cabría hablar de prescripción. Este razonamiento serviría también para estimar prescritos todos y cada uno de los medicamentos permitidos en el sistema de salud y, por ello, en ningún caso haría falta ya la intervención del médico, odontólogo ni del podólogo y dejaría sin contenido a las normas que expresa e inequívocamente reconoce a estos profesionales la facultad de expedir recetas, de prescribir, de individualizar el tratamiento indicando a cada paciente la medicación que debe utilizar, eso y no otra cosa es prescribir. Volvemos a remitir a las partes al Auto del Tribunal Supremo relativo a las vacunaciones, en especial a los apartados en los que analiza la facultad de prescribir.

En realidad, cuanto terminamos de exponer, no es sino una argumentación a más abundamiento puesto que, en general, el recurso se desestima en tanto que fundado sobre lo que no son sino argumento relativos al fondo del asunto que no pueden ser analizados en un incidente cautelar sumario como este.

En otro orden de cosas, como regla, una disposición de carácter general, en el caso el Real Decreto estatal, en tanto norma, representa el interés público y debe primar,

salvo prueba, de intereses particulares superiores que puedan verse tan seriamente perjudicados que, llegado el caso de obtenerse una Sentencia estimatoria, bien no pueda ejecutarse bien tal ejecución resulte sumamente difícil. En el caso bastará con remitirnos, por si indudable analogía esencial, a los argumentos de los Autos del Tribunal Supremo citados al comienzo y mediante los que se desestima la suspensión cautelar del Real Decreto.

El interés público no va a ser la autoorganización de la demandada y sus propios criterios médicos sino que lo es el suministro de las vacunas a quienes las necesiten, suministro que no se ve amenazado con la suspensión pues serán los facultativos quienes diagnostiquen la dolencia o verifiquen la existencia del riesgo a prevenir, prescriban la vacuna y pauten su suministro.

El *fumus boni iuris* se decanta además en favor de la suspensión acordada y es que la multiplicidad de resoluciones del Tribunal Supremo favorables taxativamente al mantenimiento de la eficacia del Real Decreto así lo evidencian. Tal es precisamente uno de los supuestos en los que la jurisprudencia del Tribunal Supremo referida al comienzo dota de singular trascendencia a este parámetro de la justicia cautelar.

**QUINTO.-** De acuerdo con los arts. 86 y 139 de la LJ las costas procesales se imponen a la parte apelante y se dará recurso de Casación ordinario frente a esta Sentencia.

Ante lo expuesto la Sala

### FALLA

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Apelación formulado por OSAKIDETZA-SERVICIO VASCO DE SALUD contra el Auto nº 155-2016 dictado el 22 de noviembre por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de Vitoria en la Pieza de Medidas Cautelares Provisionalísimas nº 370-2016 dimanante del Procedimiento Abreviado nº 82-2016 y, en consecuencia, lo confirmamos.

La apelante soportará las costas procesales generadas en esta instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco

Santander, con nº 4697 0000 01 013617, un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

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