

Id Cendoj: 28079130042010100490
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 4
Nº de Recurso: 6397/2008
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: ENRIQUE LECUMBERRI MARTI
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

IMPUGNACION DEL ARTICULO 5.1 LETRA d) DE LA ORDEN 92/2006, DE 1 DE FEBRERO DE LA CONSEJERIA DE FAMILIA Y ASUNTOS SOCIALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Octubre de dos mil diez.

Visto por la Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo, el recurso de casación número 6397/2008 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Letrado de la Comunidad de Madrid en la representación que le es propia, contra la sentencia dictada el veintinueve de octubre de dos mil ocho por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en los autos número 373/2006.

Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida el procurador don Fernando María García Sevilla, en nombre y representación del Colegio Profesional de **Protésicos Dentales** de la Comunidad de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en los autos número 373/2006 dictó sentencia el veintinueve de octubre de dos mil ocho cuyo fallo dice: << *Que debemos estimar y estimamos la demanda del recurso contencioso administrativo núm. 373/2006, interpuesto por el Procurador D. Fernando García Sevilla, en nombre y representación del Colegio Profesional de **Protésicos Dentales** de la Comunidad de Madrid, contra la Orden 92/2006, de 1 de febrero, de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, publicada en el BOCM número 39 con fecha 15 de febrero de 2006 y debemos declarar y declaramos la nulidad del artículo 5, punto 1 , letra d) de la Orden recurrida en el presente recurso, en lo relativo a limitar la justificación de gastos de las prótesis a factura expedida por odontólogo o clínica odontológica autorizada. Sin costas .>>*

SEGUNDO.- El Letrado de la Comunidad de Madrid interpuso recurso de casación por escrito de fecha dieciocho de febrero de dos mil nueve.

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

CUARTO.- El representante procesal del Colegio Profesional de **Protésicos Dentales** de la Comunidad de Madrid presentó escrito de oposición el día veintinueve de julio de dos mil diez.

QUINTO.- Conclusas las actuaciones se señaló para votación y fallo de este recurso el día veintiocho de septiembre 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.- El Letrado de la Comunidad de Madrid recurre en casación la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha veintinueve de octubre de dos mil ocho , que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal del Colegio Profesional de **Protésicos Dentales** de la referida Comunidad contra el *artículo 5, punto 1, letra d) de la Orden 92/2006, de 1 de febrero* , de la Conserjería de Familia y Asuntos Sociales.

En el citado precepto se dispone que entre los documentos que se presentarán para obtener las ayudas económicas a las personas mayores para la implantación de prótesis **dentales** para el año dos mil seis, se acompañará:

<< Factura expedida, de conformidad con los requisitos establecidos en la normativa vigente, por odontólogo colegiado en Madrid o clínica odontológica autorizada por la Comunidad de Madrid que haya efectuado el servicio dentro del año correspondiente a cada convocatoria, acompañada del correspondiente diagnóstico facultativo. En la factura se incluirán únicamente alguna o algunas de las prótesis contempladas en el artículo 1 de esta Orden. En ella se hará constar el número de colegiado del odontólogo o, en su caso, el número de autorización de la clínica odontológica. >>

SEGUNDO.- La Sala de instancia, con la apoyatura jurídica de nuestra sentencia de doce de diciembre de mil novecientos noventa y ocho , recaída en el recurso de casación 785/1994, sostiene en el fundamento jurídico tercero, in fine, de su sentencia que:

*<< La regulación del artículo 5 punto 1 letra d) de la Orden impugnada infringe el artículo 4.1 de la Ley del medicamento y legislación concordante en la medida que impone obligatoriamente, como requisito único para pagar las subvenciones a los ciudadanos, al odontólogo o clínicas **dentales** como las entidades que deben facturar y que se admita por la administración sus facturas correspondientes a los gastos de fabricación del producto sanitario lo cual además vulnera el principio de igualdad ante la Ley y el reconocimiento del Protésico dental como profesional sanitario con plena capacidad y responsabilidad y dotado de la autonomía empresarial para que se reconozcan sus facturas.*

Además, tenemos que la regulación del artículo 5 punto 1 letra d) de la Orden impugnada infringe la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre , básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En concreto los artículos 2.2 y 2.3 sientan como principios básicos que toda actuación en el ámbito de la sanidad, requiere con carácter general el previo consentimiento de los pacientes o usuarios y que el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada entre las opciones clínicas disponibles. El artículo 3 del mismo cuerpo legal regula el concepto de "libre elección", como la facultad del paciente o usuario de optar, libre y voluntariamente entre dos o más alternativas asistenciales entre varios facultativos o entre centros asistenciales, en los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competente en cada caso. En el presente supuesto la Orden impugnada al establecer a priori la necesidad de la factura de la clínica para proceder al pago de las subvenciones, y que dentro de la misma figuren los costes de fabricación de las prótesis está conllevando a que sean las propias clínicas o los odontólogos los que contraten la fabricación y remitan las prescripciones directamente y se evita el consentimiento informado y la posibilidad de que un paciente determinado pueda elegir un protésico dental que no tenga vinculaciones económicas con el odontólogo que realiza la labor clínica. A tales efectos resulta esclarecedora la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de Febrero de 1990 en la que en un supuesto de incompatibilidad sanitaria como es el presente supuesto declara que "en cuanto a que la receta sea enviada directamente por el médico al farmacéutico, creemos que no sería posible si atendemos a los artículos 108.2b) hr. 7.2a) y 4.1 de la Ley del medicamento, pues implicaría una asociación ilícita, concurrencia de unos mismos intereses o inteligencia ... Lo anterior significaría dejar al enfermo sin la posibilidad de elegir la farmacia, incurriendo por ello en una infracción grave" .>>

TERCERO.- Contra la referida sentencia se aduce en base al *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* un único motivo de casación que se sustenta en la infracción de los *artículos 4.1 de la Ley del Medicamento 25/1990, de 20 de diciembre, 2.2 y 2.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre* , reguladora de la Autonomía del Paciente y la doctrina sustentada en las sentencias de catorce de enero de mil novecientos noventa y siete y veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho , por entender que el precepto de la Orden impugnada se ajusta a una de las interpretaciones dadas por nuestro Tribunal Supremo respecto del citado *artículo 4.1 de la Ley del Medicamento* , en relación con las competencias atribuidas a los **protésicos dentales** y a los odontólogos ya que no implica una inversión de las competencias de los **protésicos**, dado

que el objetivo de la Norma impugnada es conceder ayudas a personas mayores para la implantación de prótesis, exigiéndose el requisito de la factura expedida por odontólogo, a la que ha de acompañar el diagnóstico del mismo con el fin de verificar que el solicitante necesita prótesis, máxime cuando las sentencias citadas señalan que los **protésicos dentales** elaboran las prótesis conforme las prescripciones de los médicos odontólogos, siendo plenamente compatible con la relación médico-usuario que éste pueda contratar una prótesis y tras su elaboración o colocación, pueda abonar al médico sus honorarios y al protésico los suyos.

CUARTO.- Este motivo debe ser desestimado, pues, la Sala de instancia para anular el precepto impugnado no infringe el *artículo 2.2 y 2.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre*, ya que, correctamente sigue la doctrina sustentada en nuestras sentencias de veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho y catorce de enero de mil novecientos noventa y siete, que de acuerdo con el *artículo 2 de la Ley 10/1986, de 17 de marzo*, reconocen a los **protésicos dentales** como profesión independiente que pueden facturar directamente a los usuarios o a los pacientes las prótesis que elaboren conforme a las indicaciones y prescripciones de los médicos odontólogos o estomatólogos.

De ahí, al incluirse en la factura expedida por el odontólogo colegiado en Madrid o clínica odontológica autorizada por la Comunidad de Madrid, el importe de alguna o algunas de las prótesis contempladas en el *artículo 1* de la Orden impugnada se cercenan y limitan las competencias que en esta materia tienen los **protésicos dentales**, considerados por la mencionada *Ley 10/1986*, como "profesión sanitaria".

QUINTO.- De conformidad con lo establecido por el *artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo* procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, si bien la Sala de acuerdo con lo establecido en el apartado tercero del citado precepto limita el importe máximo a percibir por los honorarios del Abogado de la parte recurrida en 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 el Letrado de la Comunidad de Madrid contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha veintinueve de octubre de dos mil ocho, recaída en los autos 373/2006; con expresa condena de las costas de este recurso de casación a la parte recurrente dentro de los límites señalados en el fundamento jurídico quinto 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.