



Administración
de Justicia

Rº. 373/2006

8695

SENTENCIA Nº 2131

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO** **SECCIÓN OCTAVA**

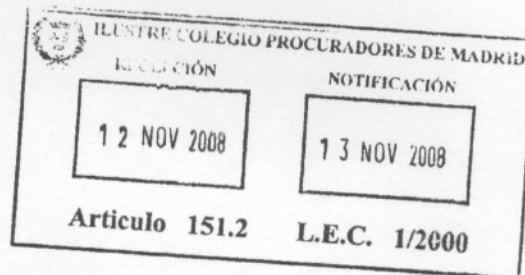
Presidenta

Ilma. Sra. D^a. Inés Huerta Garicano.

Magistrados

Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Vegas Valiente.

Ilmo. Sr. D. Ricardo Sánchez Sánchez.



En la Villa de Madrid a veintinueve de octubre de dos mil ocho.

VISTOS por la Sala, constituida por la Ilma. Sra. y los Ilmos. Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos 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.

Han sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por un Letrado de los servicios jurídicos de la CAM.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso se siguió la tramitación prevenida por la Ley y se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito, en el que suplicó se dictase sentencia en la que se acordase la nulidad del artículo 5, punto 1, letra d) de la Orden recurrida en el presente recurso, por no ser ajustada a derecho.

SEGUNDO. El Letrado de la CAM contestó a la demanda solicitando que fuese desestimada con imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- No habiendo recibimiento a prueba quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento.

CUARTO.- Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia del día 28 de octubre de 2008, fecha en la que ha tenido lugar.

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.



VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente el Magistrado de la Sección Ilmo. Sr. D. Ricardo Sánchez Sánchez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso administrativo tiene por objeto la impugnación parcial de la Orden 92/06, de 1 de febrero, de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, reguladora de la concesión de ayudas económicas a las personas mayores para la implantación de prótesis dentales, concretamente, el artículo 5, letra d), al entender que el mismo vulnera el artículo 4.1 de la Ley del Medicamento, así como los artículos 2.2 y 2.3 de la Ley 41/02, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente.

La orden que se impugna tiene por objeto la concesión de ayudas económicas a las personas mayores para la implantación de prótesis dentales, sujetándose la concesión de esas ayudas al cumplimiento de una serie de requisitos, entre ellos, el contenido en el art. 5, letra d) (que es lo impugnado) *"factura expedida, de conformidad con los requisitos exigidos 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"*.

SEGUNDO.- Nos encontramos que aquí, como siempre que se hace una convocatoria de ayudas o subvenciones, la Administración establece una serie de requisitos que deben cumplir los que desean ser beneficiarios de las mismas.

Sin embargo la Administración, no debe, aunque sea indirectamente, perjudicar la libertad de los beneficiarios de dirigirse a unos profesionales u otros para conseguir los servicios que desea le sean subvencionados, pues ello, llevaría incluso a actuar contra la libertad de empresa.

Un beneficiario debe cumplir todo lo que se le exige, pero, cuando se trata de justificar la realización de unos servicios y el pago de los mismos no puede ser limitado a unos profesionales determinados, sino que tiene que estar facultado para acudir a todo profesional que esté capacitado legal y técnicamente para realizarlos, ostentando la titulación adecuada para ello. De ahí que debamos examinar si aquí, en perjuicio de los posibles beneficiarios (e incluso de algunos profesionales), existe la preterición que expone la parte demandante de determinados protésicos dentales que cumplen todos los requisitos para hacer los trabajos que según la Orden impugnada pueden ser subvencionados.

TERCERO.- Se entiende por la parte actora que lo impugnado vulnera el artículo 4.1 de la Ley del medicamento al entender que la expedición de la factura por parte del odontólogo implica unos intereses económicos directos en la comercialización de los productos sanitarios, así como una invasión de las competencias que corresponden a los protésicos dentales.

La ley 10/86 delimitó el ámbito de actuación de las profesiones de odontólogo y

de protésico y, entre otros particulares, en su exposición de motivos decía:

"La configuración y desarrollo de la profesión de Protésico dental, con una Formación Profesional de Segundo Grado, responde a la conveniencia de tener debidamente configuradas sus actividades dentro del ámbito sanitario, con plenitud de funciones y responsabilidades en cuanto al material, elaboración, adaptación de acuerdo con las indicaciones de los Estomatólogos u Odontólogos.

El restablecimiento de la profesión de Odontólogos responde a una necesidad sanitaria y social de hacer real y efectiva la prevención, atención y rehabilitación en materia de salud dental. Su titulación universitaria, con los cursos de formación general y las correspondientes prácticas, de acuerdo con los criterios vigentes en los países de la Comunidad Económica Europea, vendrá a completar el conjunto profesional en esta materia y se corresponde con la situación existente en los países de similar nivel de desarrollo.

Las especialidades médicas en Estomatología y Cirugía Máxilo-Facial continuarán siendo el máximo nivel médico especializado en este campo de salud, y verán completadas sus posibilidades efectivas de actuación con la colaboración e integración de los profesionales que antes han quedado reseñados".

Como vemos distinguía varias profesiones o especialidades, pero que, todas ellas, aunque pueden ser complementarias, es posible ejercerlas independientemente.

En el art. 1 se decía:

"1. Se regula la profesión de Odontólogo para la que se exigirá el título universitario de Licenciado que establecerá el Gobierno a propuesta del Consejo de Universidades.

2. Los Odontólogos tienen capacidad profesional para realizar el conjunto de actividades de prevención, diagnóstico y de tratamiento relativas a las anomalías y enfermedades de los dientes, de la boca, de los maxilares y de los tejidos anejos.

3. Los Odontólogos podrán prescribir los medicamentos, prótesis y productos sanitarios correspondientes al ámbito de su ejercicio profesional.

4. La titulación, planes de estudio, régimen de formación y especialización de los Odontólogos se acomodarán a los contenidos, niveles y directrices establecidos en las normas de la Comunidad Económica Europea".

Pero en el art. 2 se añadía:

"1. Se reconoce la profesión de Protésico dental, con el correspondiente título de Formación Profesional de Segundo Grado, cuyo ámbito de actuación se extiende al diseño, preparación, elaboración, fabricación y reparación de prótesis dentales, mediante la utilización de los productos, materiales, técnicas y procedimientos conforme a las indicaciones y prescripciones de los Médicos Estomatólogos u Odontólogos.

2. Los Protésicos dentales tendrán plena capacidad y responsabilidad respecto de las prótesis que elaboren o suministren y de los Centros, instalaciones o laboratorios correspondientes.

3. Los laboratorios de prótesis dentales deberán ser dirigidos autónomamente por los Protésicos que se hallen en posesión del título de Formación Profesional de Segundo Grado"

De esos dos artículos queda claro que las profesiones de odontólogo y de protésico dental son diferentes, aunque complementarias.

En el art. 4, se regulaban las "incompatibilidades profesionales" al disponerse:

1. Sin perjuicio de las incompatibilidades establecidas para el ejercicio de actividades públicas, el ejercicio clínico de la medicina, odontología y de la

veterinaria serán incompatibles con cualquier clase de intereses económicos directos derivados de la fabricación, elaboración y comercialización de los medicamentos y productos sanitarios.

2. Asimismo el ejercicio profesional del farmacéutico en oficina de farmacia o en un servicio de farmacia hospitalaria y demás estructuras asistenciales será incompatible con cualquier clase de intereses económicos directos de los laboratorios farmacéuticos.

3. El ejercicio clínico de la medicina, odontología y de la veterinaria serán incompatibles con la titularidad de la oficina de farmacia.

4. La pertenencia a la Comisión Nacional de Evaluación de Medicamentos o a los Comités Éticos de Investigación Clínica será incompatible con cualquier clase de intereses derivados de la fabricación y venta de los medicamentos y productos sanitarios”.

El Tribunal Supremo también se pronunció sobre esa diferenciación y así, en sentencia de la Sala 3ª, sec. 4ª, de fecha 21-12-1998, rec. 785/1994. Pte: Fernández Montalvo, Rafael, dijo: “En el presente caso, a este respecto, sólo se aprecia la afirmación de parte de que la Administración “lo que ha pretendido ha sido generar una posición de supremacía del facultativo [odontólogo] en detrimento del protésico dental y del paciente”, pues no constituye prueba alguna de ello el dato que como mero indicio se señala en el escrito de demanda, consistente en que en los departamentos técnicos ministeriales que han intervenido en la redacción de la norma no exista un protésico dental y sí facultativos. Incluso, aunque se admitiera este dato base como probado, **no cabría sostener, de acuerdo con las reglas de la lógica, como inferencia segura que el propósito del Consejo de Ministros que ejercita la potestad la potestad reglamentaria (art. 97 CE) ha utilizado la habilitación legal no para desarrollar la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sino para postergar al protésico dental.**”

Es decir, se deja claro que con la normativa existente no se ha querido postergar a los protésicos dentales.

También se decía: “La ley reconoce la capacidad del protésico en relación con el objeto de su actividad profesional -la prótesis dental- y el centro, cualquier centro, donde se realiza o desarrolle tal actividad” (...) “Y, por otra parte, el Reglamento en mismo artículo 6, al referirse a las facultades que reconoce al protésico, no hace sino reproducir y desarrollar analíticamente las que de manera conceptual se comprenden en el artículo 2.1 de la ley cuando se refiere al diseño, preparación, elaboración, fabricación y reparación de prótesis dentales”.

Queda claro así la independencia que puede tener, en su trabajo, el protésico dental, si bien sujeto al diagnóstico del odontólogo. Sostener lo contrario sería equivalente a que, porque un médico diagnostica una enfermedad y prescribe un medicamento el farmacéutico no tiene independencia a la hora de expedir y cobrar su medicina. O lo que es lo mismo, el odontólogo puede diagnosticar y prescribir una prótesis, pero el protésico, al igual que el otro profesional que acabamos de ver, cumpliendo lo prescrito es independiente, con sus propias responsabilidades y pudiendo “per se” cobrar y facturar los trabajos que realiza.

También podemos ver como la relación entre Abogado y Procurador no impide que cada uno haga su propia minuta por los trabajos que efectúa.

En la misma sentencia también se dice que “**el Reglamento no establece esta prohibición ni impide la conexión del protésico, en la esfera privada, con las clínicas privadas; se limita a establecer la conexión lógica con las especialidades médicas en**

el ámbito de las instituciones públicas, y por ello no puede resultar contrario a la iniciativa privada o a la libertad de empresa (art. 38 CE)." O lo que es lo mismo, dentro de la libertad de empresa está la posibilidad de que el protésico trabaje independientemente aunque lo haga siguiendo el diagnóstico del odontólogo.

Es más, nuevamente se ve la diferencia e independencia, entre las dos profesiones cuando se añade que *"mientras las consultas dentales deben estar necesariamente organizadas, gestionadas y atendidas directa y personalmente por un odontólogo o un estomatólogo, los titulares de los laboratorios de prótesis dental pueden ser personas físicas o jurídicas"*. Y se continúa que la organización, gestión y atención directa *"se corresponde con el título profesional y se reserva al correspondiente facultativo o titulado, por lo que se justifica la reserva al odontólogo de la capacidad profesional relativa a la atención directa a la salud y al tratamiento dental que se desarrolla en la clínica y al protésico la dirección técnica del laboratorio protésico"* (...) *"otra cosa distinta es la propiedad o titularidad empresarial del laboratorio protésico que está abierta a cualquier persona física o jurídica porque no existe disposición legal justificativa de una limitación excluyente. En definitiva, no existe razón legal alguna para una reserva de la propiedad de los laboratorios protésicos dentales a favor de los protésicos, a cuyo cargo sí ha de estar, sin embargo, la organización, gestión y dirección autónoma como corresponde a su titulación, según el artículo 1.3 de la Ley 10/1986"*. Queda claro, por tanto, que realizas funciones distintas y, en consecuencia, es obvio, que cada uno puede hacer la factura que corresponde a sus trabajos.

También se hace constar que *"en suma, los preceptos reglamentarios impugnados no se oponen al derecho de los usuarios de las prótesis a conocer el importe de la prótesis y los honorarios del protésico, e, incluso, a abonar aquél y éstos directamente al protésico, si ello cabe, atendiendo a la relación que pueda tener con el odontólogo o el estomatólogo"*. Como es lógico, para que se pueda hacer ese pago independiente a cada uno de ellos, debe haber sendas facturas de cada uno de los profesionales actuantes.

Lo anterior se explica al decirse que *"en la Sentencia de esta Sala que cita, en su escrito de conclusiones, la parte actora, de 14 de enero de 1997, ya señalamos que a partir de lo establecido en los artículos 1.1 y 13, entre otros, de la Ley 26/1984, de 19 de julio EDL1984/8937, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios EDL1984/8937, deben protegerse los derechos económicos y de información de los usuarios, entre los cuales está directamente el de saber quién y por qué le cobra, y en el principio de responsabilidad plena que consagra el artículo 2.2 de la Ley 10/1986, la posibilidad de que el usuario pueda tener una relación directa con el protésico, pero como entonces también decíamos, son admisibles otras fórmulas dejando a salvo las relaciones con el odontólogo o estomatólogo en las que perfectamente pueden incluirse que sea éste quien elabore el presupuesto estimativo y reciba el importe completo de la actuación dental, con emisión de la correspondiente factura, para lo que será imprescindible que a requerimiento suyo el protésico dental suministre su presupuesto, o que esta obligación se inscriba en la concreta relación contractual trabada entre odontólogo y protésico. Todo ello cabe en el artículo 1.2 de la Ley 10/1986, ya que lo que dispone es que los protésicos elaboren las prótesis conforme a las indicaciones y prescripciones de los médicos odontólogos y estomatólogos"*. Es decir, existen varias formas de poder percibir sus honorarios los protésicos, pero una de ellas es, precisamente, pasando directamente su factura para que le sea abonada.

La parte demandada, cita precisamente la última sentencia y dice que el artículo de la Orden que se impugna se ajusta a una de las interpretaciones dadas por el Tribunal Supremo respecto del artículo 4.1 de la Ley del Medicamento en relación con las competencias atribuidas mediante decreto a los protésicos dentales y a los odontólogos. Es cierto, pero también lo es que, con la redacción actual se está vedando a los protésicos independientes, sin relación directa con un odontólogo, a actuar, pues su factura no está recogida en el artículo mencionado. Es decir, la Orden, tal y como está redactada favorece injustamente a unos protésicos en perjuicio de otros, cuando la igualdad y libertad de empresa debe exigirse para el tratamiento de todos los protésicos dentales.

En definitiva, 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 el producto sanitario excluyendo a los laboratorios y protésicos dentales de poder 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 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 esta 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, 7.2.a) 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"*.

CUARTO.- Por todo lo expuesto debe estimarse la demanda y, no



Administración
de Justicia

Rº. 373/2006

observándose temeridad ni mala fe en las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 139 de la Ley de la jurisdicción Contencioso Administrativa, no se hace condena al pago de las costas de este proceso.

FALLAMOS

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.

Esta resolución no es firme y, frente a ella, cabe recurso de casación que habrá de prepararse -de conformidad con lo prevenido en el art. 89 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998 de 13 de julio-, ante esta Sección, en el plazo de diez días computados desde el siguiente a su notificación

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

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente hallándose en audiencia pública, de lo que yo, el Secretario, doy fe.



Madrid