

LA MESA DE LA PROFESIÓN ENFERMERA Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD: HISTORIA DE UN DESENCUENTRO ANTE LA IMPOSIBLE APLICACIÓN DEL ART. 3.2. DEL RD 954/2015, DE 23 DE OCTUBRE

Vicente Lomas Hernández

Doctor en Derecho.

Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica

Servicio de Salud de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. La regulación legal de la denominada “prescripción enfermera”. los prolegómenos de un conflicto. II. La aprobación del Real Decreto 954/2015. La ansiada regulación reglamentaria de la “prescripción enfermera”. III. El divorcio de los servicios de salud y la “Mesa de la profesión enfermera”. El posicionamiento de los servicios públicos de salud. IV. El distinto posicionamiento de la mesa de la profesión enfermera. V.- Consecuencias que se pueden derivar para la enfermería.

RESUMEN

La regulación reglamentaria de la prescripción enfermera ha generado más problemas que soluciones en un ámbito ya de por sí especialmente conflictivo. Entre estos problemas nuevos destaca las posiciones enfrentadas que mantienen de una parte los servicios públicos de salud, y de otra la “Mesa de la Profesión Enfermera” respecto a si resulta o no aplicable en el momento actual el polémico párrafo segundo del art. 3.2. del Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre . A lo largo de este trabajo trataré de exponer las causas del problema, planteamientos esgrimidos por ambas partes, y las consecuencias que se podrían derivar para la enfermería.

PALABRAS CLAVE

Prescripción enfermera, médico, dispensación, acreditación, protocolos, prestación farmacéutica, receta y aplicación.

I. LA REGULACIÓN LEGAL DE LA DENOMINADA “PRESCRIPCIÓN ENFERMERA”. LOS PROLEGÓMENOS DE UN CONFLICTO

El 24 de diciembre de pasado año entraba en vigor el Real Decreto 954/2015 de 23 de octubre, (en adelante RD) por el que se regula la indicación uso y autorización de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros. La denominada “*prescripción enfermera*” se recoge por vez primera en el artículo 77.1 de la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios (LGURM), cuyo párrafo segundo reconocía a los enfermeros la facultad para, de forma autónoma, indicar, usar y autorizar la dispensación de todos aquellos medicamentos no sujetos a prescripción médica mediante las órdenes de dispensación. Así mismo, y en cuanto a los medicamentos sujetos a prescripción médica, la citada Ley encomendaba al Gobierno la regulación de

la indicación, uso y autorización de dispensación de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica mediante la aplicación de protocolos y guías de práctica clínica asistencial.

En ambos supuestos- indicación, uso y autorización de medicamentos sujetos y no sujetos a prescripción médica- la legislación básica estatal establecía, además, un requisito común, la acreditación de los enfermeros para las actuaciones previstas en el citado precepto legal, que en la actualidad se corresponde con el artículo 79.1 del vigente RD-Legislativo 1/2015, de 24 de julio. Así, a modo de ejemplo, el incumplimiento por la Administración balear de este requisito de “acreditación” supuso la anulación por STS de 26 de junio de 2015, rec. 2936/2013, del Decreto 52/2011, de 20 de mayo, por el que se regula la actuación del personal de enfermería en el ámbito de la prestación farmacéutica del sistema sanitario público¹. Por tanto el legislador estatal habilita al Gobierno de la Nación para regular la actuación de los enfermeros en materia de indicación, uso y autorización de la dispensación de medicamentos y de los productos sanitarios, si bien establece un diferente régimen según los medicamentos estén sometidos o no a tal prescripción médica.

1 La STSJ de Baleares de 12 de junio de 2013, nº rec 558/2011, había desestimado el recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Enfermeros contra el Decreto autonómico 52/2011, por entender que conforme a las previsiones recogidas en el art. 77 de la LGURM, exige que el enfermero esté previamente habilitado para poder ejercer las funciones que le atribuye el Decreto en cuestión. En concreto dicha disposición autonómica faculta a los enfermeros para que puedan usar e indicar medicamentos no sujetos a prescripción médica, y por tanto la Sala considera que el reglamento no colisiona con la legislación estatal, sin que por otra parte sea preciso que la regulación de las funciones de los enfermeros en este campo deba efectuarse por disposición con rango legal, citando a modo de ejemplo el Decreto andaluz 307/2009, de 21 de julio.

La STS de 26 de junio de 2015, nº rec 2936/2013, en cambio, considera que la exigencia de este requisito de acreditación se extiende por igual tanto a los medicamentos sujetos a prescripción médica como a aquéllos que no lo están (art. 77.1 de la LGURM. Por tanto la disposición reglamentaria autonómica, al soslayar la exigencia de acreditación impuesta por la Ley estaría viciada de nulidad. El otro motivo en el que se funda el recurso es que asimismo también procedería la nulidad de dicho Decreto por cuanto somete las actuaciones autónomas de los enfermeros a unos “protocolos” que no se exigen en la LGURM. En este otro caso no se advierte ilegalidad alguna ya que no es suficiente con que dicha previsión no haya sido establecida previamente en una norma con rango de Ley. Es cierto que la Ley se refiere a los protocolos y guías respecto de los medicamentos sujetos a prescripción médica, y no para los que no lo están; sin embargo lo anterior no puede impedir que, si la Consejería lo considera procedente, instaure este otro requisito con el fin de proporcionar al personal de enfermería una orientación en su nueva actuación para que conozcan el catálogo de productos sanitarios y medicamentos.

En este escenario normativo se inserta la disposición reglamentaria objeto de análisis, si bien con carácter previo a su aprobación la conocida comúnmente como prescripción enfermera ya había sido objeto de importantes contiendas judiciales en las que se escenificaron las tormentosas relaciones entre el colectivo médico y la enfermería. En efecto, pronto el colectivo médico exteriorizó su descontento con lo que consideraba una invasión de una de las competencias más sagradas de la profesión médica, la prescripción de medicamentos. Por tal motivo la Organización Médico Colegial (O.M.C.) impugnó el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre que para ellos representaba el desarrollo reglamentario de las previsiones incorporadas en el artículo 77.1 de la LGURM. En concreto sostenían que el reglamento combatido contravenía la citada disposición legal pues, bajo el subterfugio de expresiones como “indicar”, “ordenar” o “autorizar “la utilización de los medicamentos” y los “productos sanitarios”, estaría permitiendo a los enfermeros, en contra de la citada Ley y de la Ley de Ordenación de Profesiones Sanitarias (LOPS), que prescriban medicamentos, cuando resulta que la acción de prescribir, no sólo forma parte del contenido esencial de la profesión del médico (y del odontólogo, respecto de las enfermedades bucales y del podólogo en relación al tratamiento de los pies), sino que la propia Ley ya la habría reservado a dichos profesionales.

La STS de 3 de mayo de 2013, rec. 168/2011, que desestimó el recurso interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, señalaba que la prescripción por el médico de medicamentos sujetos a receta médica no se veía alterada. La novedad introducida en el apartado tercero del art. 77.1 de la LGURM radicaba en que el enfermero podría indicar el uso de medicamentos sujetos a prescripción médica, es decir tras haber sido recetados por el médico, mediante la aplicación de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial validados por la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud (SNS). Asimismo insistía en que dicha previsión legal se encontraba aún pendiente de desarrollo, de modo que el RD 1718/2010 impugnado no era la norma a la que aludía la Ley tanto en su art. 77.1, como en su D.A. Duodécima. No obstante la Sentencia incorpora un voto particular en el que el magistrado discrepante manifestaba que tanto el art. 77 como la DA Duodécima de la LGURM, al encomendar -a través de la regulación del Gobierno- a los enfermeros atribuciones que carecen de la correspondiente equivalencia en la determinación legal de sus funciones profesionales (la LOPS no contemplaría entre las funciones de la

enfermería ninguna de las actuaciones ahora discutidas), se estaría infringiendo el artículo 36.1 de la Constitución. Es decir, no se estaría respetando la reserva de ley en materia de profesión titulada para los Diplomados Universitarios en Enfermería (DUE)².

Dos años antes, la STSJ de Andalucía 7 de diciembre de 2010, rec. 1693/2009, avaló la legalidad del Decreto 307/2009, de 21 de julio, por el que se define la actuación de las enfermeras y los enfermeros en el ámbito de la prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía. Dicha disposición reglamentaria fue recurrida por el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Dentistas por falta de competencia de los profesionales sanitarios enfermeros para diagnosticar una enfermedad, y ello sin que previamente una norma con rango de ley les capacite y les de competencias para diagnosticar la enfermedad que pretende combatir. La Sala confirmó la legalidad de la disposición andaluza tomando como principal referencia el artículo 7 de la LOPS que delimita las competencias profesionales de los diplomados sanitarios, de modo que este Decreto no crearía ex novo competencias profesionales distintas de las previstas en el citado precepto legal, y por tanto no se estaría regulando el ejercicio de una profesión sanitaria titulada. Igualmente recuerda que resulta perfectamente factible la existencia este ámbito, sujeto a

² La Sentencia incorpora un voto particular por entender que los artículos 1.c) y 4.3 del Real Decreto impugnado donde el Gobierno ha venido a autorizar a los enfermeros la dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica, a pesar de que, aparentemente, contempla exclusivamente la dispensación de medicamentos no sujetos a prescripción médica a que se refiere el párrafo segundo del artículo 77.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio. El voto particular pone de manifiesto que la situación actual compromete gravemente el principio de seguridad jurídica, por cuanto del contenido de los cuatro párrafos del artículo 77.1 y de la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, redactados por la Ley 28/2009, de 30 de diciembre, dejan la incertidumbre de si los enfermeros están facultados para autorizar la dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica.

Por otra parte la Exposición de Motivos de la Ley 28/2009 menciona el artículo 7.2.a) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, para justificar la intervención de los enfermeros en esa prescripción de medicamentos, pero esta norma sólo atribuye a los enfermeros la dirección, evaluación y prestación de cuidados de enfermería y la prevención de enfermedades o discapacidades. Dicho precepto legal no les confiere la realización del acto médico por excelencia de definir la enfermedad o patología mental (diagnóstico) y determinar el tratamiento a seguir. Así pues, el art. 77 y la DA Duodécima de la LGURM, Al encomendar a través de la regulación del Gobierno, atribuciones a los enfermeros que carecen de la correspondiente equivalencia en la determinación legal de sus funciones profesionales, se estaría infringiendo el artículo 36.1 de la Constitución. Es decir, no se estaría respetando la reserva de ley en materia de profesión titulada para los DUE.

reserva de ley según lo dispuesto en el artículo 36 de la CE, de disposiciones reglamentarias siempre que no regulen la existencia de una profesión titulada, los requisitos y la titulación necesaria para su ejercicio, ni el contenido de su actividad.

II. LA APROBACIÓN DEL REAL DECRETO 954/2015. LA ANSIADA REGULACIÓN REGLAMENTARIA DE LA “PRESCRIPCIÓN ENFERMERA”

El anhelado desarrollo reglamentario finalmente toma cuerpo en el Real Decreto objeto de comentario, eso sí, rodeado de una fuerte polémica. La citada disposición reglamentaria, en consonancia con las previsiones legales anteriormente expuestas, se aprueba por el Gobierno al abrigo de la correspondiente habilitación legal, que condiciona la colaboración de la enfermería en la prestación farmacéutica del SNS al cumplimiento de los dos requisitos ya descritos:

- a) La elaboración y validación de protocolos y guías de práctica clínica asistencial para la indicación, uso y autorización de medicamentos sujetos a prescripción médica.
- b) Estar en posesión de la correspondiente acreditación emitida por el Ministerio de Sanidad (art. 2.2 y art. 3.2 del RD 954/2015, de 23 de octubre).

Respecto al primer requisito, que opera exclusivamente respecto a medicamentos de uso humano sujetos a prescripción médica, la disposición transitoria única establece que para que los enfermeros acreditados puedan desarrollar las competencias respecto de los medicamentos sujetos a prescripción médica, se precisará también la validación previa de los correspondientes protocolos y guías de práctica clínica y asistencial por la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Respecto al segundo requisito, el RD establece un período transitorio para la acreditación de las competencias profesionales de la enfermería en relación sobre indicación, uso y autorización de medicamentos (estén sujetos o no a prescripción médica) y productos sanitarios de uso humano. Únicamente los enfermeros que hasta la entrada en vigor de este RD hayan desarrollado funciones de indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano como consecuencia de la

aplicación de normativa autonómica vigente sobre la materia, podrán acceder a la acreditación regulada en el capítulo IV cursando la solicitud prevista en el anexo II.

En todo caso, la norma en cuestión pivota sobre el artículo 7 de la LOPS (art. 1.1 del RD 954/2015, de 23 de octubre), que como se recordará, establece las competencias de la profesión enfermera, y entre las que habría que entender incluidas según la referida STSJ de Andalucía de 7 de diciembre de 2010, todas las relacionadas con la colaboración en la prestación farmacéutica del SNS con exclusión, por supuesto, de la prescripción.

La aprobación de la norma desata una reacción prácticamente unánime entre los distintos sectores afectados: organizaciones sindicales, Administraciones sanitarias, organizaciones colegiales, sociedades científicas y asociaciones de profesionales. Todos ellos muestran su profundo malestar con una norma que parece cercenar las competencias de la enfermería en relación con la prestación farmacéutica. El origen del conflicto se encuentra en la redacción del párrafo segundo del artículo 3.2 del RD³ que se incorporó al articulado de la norma en el último momento, y una vez que el proyecto de ley ya había sido informado favorablemente por el Consejo de Estado. Téngase en cuenta que la ausencia de este trámite de consulta al Consejo de Estado⁴ supone la nulidad de pleno derecho según la doctrina jurisprudencial más clásica⁵.

3 El texto inicial aprobado en el Pleno del Consejo Interterritorial del SNS de 30 de abril de 2016, era el siguiente: *“Para el desarrollo de las actuaciones referidas en los artículos 2 y 3, tanto el enfermero responsable de cuidados generales, como el enfermero responsable de cuidados especializados deberán ser titulares de la correspondiente acreditación emitida por la Dirección General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad conforme a lo establecido en este real decreto.”*

4 Dictamen de 23 de julio de 2015.

5 Las SSTS de 31 de enero de 2001 -recurso 507/1998-, 3 de junio de 2008 -recurso 79/2006- y 29 de abril de 2009 -recurso 132/2007- señalan, al interpretar el artículo 22.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, que el hecho de que existan diferencias entre los textos remitidos a informe de los órganos consultivos y los que definitivamente aprueba el Consejo de Ministros no supone necesariamente infracción procedimental alguna, por cuanto que puede resultar consustancial y lógico con respecto al alcance formal y a la finalidad objetiva del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general que se produzcan discordancias entre el proyecto inicial y el texto definitivo. Pero también, en este punto, ha subrayado la jurisprudencia (por todas, la STS de 29 de abril de 2009 (rec. 132/2007) que debe recabarse un nuevo dictamen del Consejo de Estado si se regulasen materias no incluidas en el proyecto remitido a dictamen o su ordenación resultase sustancialmente diferente.

Dicho apartado es el siguiente:

«En todo caso, para que los enfermeros acreditados puedan llevar a cabo las actuaciones contempladas en este artículo respecto de los medicamentos sujetos a prescripción médica, será necesario 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 artículo 6. Será en el marco de dicha guía o protocolo en el que deberán realizarse aquellas actuaciones, las cuales serán objeto de seguimiento por parte del profesional sanitario que lo haya determinado a los efectos de su adecuación al mismo, así como de la seguridad del proceso y de la efectividad conseguida por el tratamiento.»

Llegados a este punto quisiera insistir nuevamente que tanto el requisito de la acreditación individual del enfermero (imprescindible para la indicación uso y autorización de dispensación de medicamentos sujetos o no a prescripción médica), como la elaboración de protocolos y guías de práctica clínica respecto a las actividades de la enfermería relacionadas con los medicamentos sujetos a prescripción médica, ya se mencionaban en el artículo 77.1 y en la Disposición Adicional 12ª de la Ley 29/2006, luego cabría preguntarse cuál es la aportación novedosa que realiza en este aspecto el Real Decreto objeto de comentario.

La novedad radica en que el enfermero no sólo deberá estar acreditado, y además que se hayan elaborado de forma consensuada los imprescindibles protocolos y guías de práctica clínica, sino que, igualmente es necesario que el correspondiente profesional prescriptor haya determinado previamente el diagnóstico, la prescripción y el protocolo o guía de práctica clínica y asistencial a seguir. En definitiva, una especie de tutela médica para controlar la actuación de la enfermería tanto en la fase inicial, como en el momento posterior, cuando se desarrolla la intervención enfermera.

Curiosamente el Decreto andaluz, que años atrás se había convertido para muchos de los detractores del reglamento estatal de 2015 en un verdadero referente normativo, lejos de reconocer la emancipación de la enfermería y la consagración de espacios independientes para el ejercicio profesional autónomo de la profesión, subordina la actividad de la enfermería a la voluntad del profesional sanitario prescriptor. El

art. 4 del Decreto 307/2009, de 21 de julio, por el que se define la actuación de las enfermeras y los enfermeros en el ámbito de la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, establece que corresponde al profesional de la medicina o de la odontología, que prescribe el tratamiento al paciente, autorizar, expresamente, la realización del correspondiente seguimiento protocolizado por parte de la enfermería del tratamiento farmacológico. Igualmente resulta precisa la autorización expresa del médico/odontólogo para que dicho tratamiento pueda ser modificado por una enfermera o enfermero, y todo ello conforme al protocolo establecido o autorizado por la Consejería competente en materia de salud. Las similitudes entre ambas disposiciones reglamentarias, por tanto, son más que evidentes⁶.

En cualquier caso, como ya anticipaba, las reacciones al RD no se hicieron esperar: organizaciones sindicales, colegiales, administraciones sanitarias... todos ellos han manifestado de forma unánime su malestar por las graves implicaciones que desde el punto de vista práctico puede tener la aplicación del RD, amén de la inseguridad jurídica en la que se vería inmersa la enfermería.

El problema quizá sea mayor aún desde la perspectiva de la falta de seguridad jurídica, pues la disposición transitoria única, en su párrafo segundo del apartado tercero, establece que en todo caso para que los enfermeros acreditados puedan desarrollar las competencias respecto de los medicamentos sujetos a prescripción médica, será precisa la validación previa de los correspondientes protocolos/guías de práctica clínica. Si tenemos en cuenta que dichos protocolos, que recordemos devienen absolutamente necesarios para que se puedan ejercer por la enfermería este tipo de actuaciones, aún no existen, y por tanto obviamente no están validados, la situación en lo que respecta a los medicamentos sujetos a prescripción médica seguiría siendo exactamente la misma que la existente el día anterior a la entrada en vigor de este reglamento. Es decir, que de poco, o mejor dicho, de nada servirá obtener de la Dirección General de Ordenación Profesional la acreditación si aún no se han aprobado los protocolos o guías que resulten precisas. No obstante este será un aspecto que trataremos más adelante con mayor detenimiento.

⁶ En un comunicado de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud respecto a la actuación de las enfermeras y enfermeros en el ámbito de la prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía, se dice textualmente que “Según la Asesoría Jurídica dicho decreto no se contradice con el nuestro, a excepción de cuestiones formales, como son la acreditación y quién realiza los protocolos...”

III. EL DIVORCIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD Y LA “MESA DE LA PROFESIÓN ENFERMERA”. EL POSICIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD

Ese aparente e inicial idilio entre las Administraciones sanitarias autonómicas y la denominada “Mesa de la Enfermería” (Organización sindical SATSE y Colegio de Enfermería), unidas por la oposición común al reglamento estatal pronto se tornó en un traumático divorcio, motivado en gran medida por la infidelidad de los representantes sindicales y colegiales de la enfermería. En efecto, la Mesa de la Enfermería considera que el Reglamento estatal, pese a la imposibilidad fáctica de su aplicación debido a la inexistencia de uno de los elementos esenciales como son los “protocolos/guías de práctica clínica”, debe ser acatado en su integridad por las distintas CCAA, y ello pese a que dicha Mesa ya había manifestado su total y más absoluta disconformidad con la regulación efectuada por el Estado.

Este posicionamiento se traduce, desde el punto de vista práctico, en la orquestación por parte de ambas organizaciones de toda una campaña dirigida a sembrar la confusión y el miedo entre los profesionales de la enfermería, a quienes alientan para que dejen de realizar las tareas que hasta ese momento venían realizando con total normalidad. A tal efecto se invita a los enfermeros/as a no aceptar las órdenes verbales impartidas por los médicos, se les informa que ya no podrán vacunar, utilizar o indicar determinadas pomadas, utilización de heparinas para el mantenimiento de vías periféricas o centrales...y todo ello pese a ser conscientes de las graves consecuencias que el seguimiento de estas instrucciones pueden ocasionar para los pacientes y el correcto funcionamiento del servicio público sanitario. Para conseguir tales propósitos se informa al colectivo que de proseguir con la realización de estas mismas funciones en este otro nuevo contexto normativo, incurrirían en responsabilidad penal por la comisión de un delito de intrusismo y, además, en el caso de que se produjese algún daño al paciente con ocasión o a consecuencia de la realización de este tipo de funciones, los profesionales afectados quedarían excluidos de la cobertura de la póliza de responsabilidad civil y patrimonial de la Administración.

Por último, y como parte de toda esta estrategia, se facilita a los enfermeros/as modelos de escritos dirigidos a la Dirección del centro sanitario donde presten sus servicios, para solicitar que por parte de la Dirección Gerencia y Dirección de Enfermería se

adopten las medidas oportunas para que se ajuste a la normativa vigente – por supuesto en los términos antes señalados- la actuación profesional de la enfermería en lo referido a la indicación, el uso y la autorización de dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica. En dichos escritos se incorporaba la petición de que esta circunstancia no cause al solicitante ningún perjuicio ni lo sitúe en una posición de indefensión.

En fin, los dos principales protagonistas de todo este entramado- Gobierno de la Nación y Mesa de la Enfermería -, pese a defender posiciones absolutamente antagónicas, sorprendentemente convergen en la defensa a ultranza de la aplicación inmediata, completa del RD. Quizá se debiera realizar alguna reflexión al respecto.

El posicionamiento de las CCAA, como no podía ser de otro modo, es bien distinto, quizá obligadas por su deber constitucional de velar por el correcto funcionamiento del sistema sanitario público y la defensa de los derechos de los pacientes. Las distintas Administraciones Sanitarias lo que hacen es cuestionar la aplicación del art. 3.2 del RD ya que no existe aún un procedimiento establecido para la preceptiva acreditación de los enfermeros, y tampoco la validación por las autoridades estatales de los imprescindibles “protocolos”. El criterio seguido por las CCAA- y que entiendo totalmente acertado- resulta mucho más pragmático y operativo, defender la vigencia de los protocolos y guías de práctica clínica y asistencial que estuviesen vigentes con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento, así como brindar a todos los profesionales de la enfermería una cobertura completa por parte de la póliza del contrato de seguro de responsabilidad suscrito por el servicio de salud autonómico correspondiente.

En este sentido se han sucedido a lo largo de todos estos meses toda una cascada de instrucciones, notas interiores, y comunicados de CCAA⁷ dirigidos

7 En algún caso se ha llegado a denunciar ante la Fiscalía la pasividad de la Administración por no informar a los profesionales afectados sobre cómo deben actuar tras la publicación del Real Decreto. Así la Plataforma de Centros de Salud de Madrid presentó el 16 de marzo de 2016 una denuncia “contra aquellas personas que pudieran resultar responsables y, concretamente, contra los altos cargos de la Administración de la Comunidad de Madrid, de la Consejería de Sanidad y del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), en referencia a las consecuencias que se pudieran derivar de la aplicación del 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, publicado en el BOE el día 23 de diciembre de 2015, que ha provocado una situación

a contrarrestar los efectos negativos de las informaciones facilitadas desde la Mesa de la Enfermería, poner fin al clima laboral de alarma, incertidumbre e inseguridad jurídica, que se estaba instalando en las Instituciones Sanitarias, así como garantizar el correcto funcionamiento del servicio público, evitando así que se comprometiera la calidad de la asistencia sanitaria de los pacientes.

Para la consecución de este doble objetivo las CCAA han informado a sus profesionales transmitiéndoles:

1º.- Que hasta tanto se elaboren los protocolos y guías de práctica clínica y asistencial para la indicación, uso y autorización de dispensación por parte de los enfermeros sujetos a prescripción médica, continuarán en vigor los protocolos y guías de práctica clínica y asistencial que estuvieran vigentes en el momento actual.

2º.- Que los profesionales que así actúen no incurrirán en responsabilidad penal de ningún tipo.

3º.- Que la responsabilidad civil y patrimonial de los profesionales de enfermería de la sanidad pública queda cubierta por la póliza del contrato de seguros suscrita por el Servicio de Salud correspondiente⁸.

de incertidumbre en todo el personal de enfermería, dado que dicha regulación no es lo suficientemente clarificadora como para que el personal de enfermería pueda conocer con precisión las posibilidades de actuación que tiene en su diario ejercicio profesional. Según la denuncia, la Comunidad de Madrid tiene toda una serie de competencias en esta materia y, sin embargo, no está cumpliendo con las obligaciones legales que tiene para con su personal sanitario en materia de información sobre las actividades profesionales que deben llevar a efecto, de qué manera deben desempeñarlas, con qué alcance y, finalmente, qué actividades no deben realizar en relación con la denominada “prescripción enfermera” que se contiene en el Real Decreto 954/2015.

8 Andalucía y Castilla-La Mancha han ido más allá, y con el fin de desmontar cualquier intento de manipulación interesada y transmitir tranquilidad a sus profesionales, han obtenido de sus respectivas compañías aseguradoras- Zurich y Mapfre- los certificados que confirman la cobertura por la póliza de las actividades que desarrolle la enfermería en relación con la prestación farmacéutica del SNS. Así, en el caso de la CA de Castilla-La Mancha se dice:

“La entidad aseguradora certifica que la aplicación del régimen transitorio del RD 954/2015, de 23 de octubre, no altera en modo alguno el régimen de aseguramiento de la responsabilidad civil y patrimonial de los profesionales de enfermería del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha contemplado en la vigente póliza del contrato de seguro. Dicha cobertura se extiende a todas las actuaciones profesionales que en el momento actual lleve a cabo el colectivo de la enfermería, tanto en Atención Primaria como en Atención Especializada, en los mismos términos y condiciones que se viniesen realizando con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la citada

4º.- Que la entrada en vigor del RD no interfiera en la administración de vacunas por parte del personal de enfermería.

El argumento empleado de forma mayoritaria por las distintas Administraciones para apuntalar esta última afirmación, consiste en señalar que desde el momento en que la autoridad sanitaria decide incorporar la administración de una vacuna, conforme a las indicaciones, dosis y procedimientos contenidos en los protocolos y guías de actuación, existe una prescripción médica implícita. Además existe un protocolo de actuación para la administración de la vacuna. En el caso de la Comunidad de Madrid, lo que se dice es que para la administración de vacunas no es necesario que haya una previa indicación individualizada que exija una prescripción médica, de modo que en esta Comunidad todas las personas que cumplan los requisitos del colectivo al que va dirigida cada vacuna, pueden recibirla, salvo que presenten alguna otra característica fisiológica o dolencia que requiera de una previa valoración médica.

En el momento de cierre de este trabajo las CCAA que han adoptado medidas de este tipo han sido: Andalucía, Navarra, Islas Canarias, Madrid⁹, Cantabria¹⁰, Castilla y León¹¹, Castilla-La Mancha¹²,

disposición reglamentaria, y en la medida que tengan lugar conforme a la buena praxis profesional y los protocolos existentes”.

9 Circular de 3 de febrero de 2016, acerca de la aplicación transitoria del Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros.

10 Nota de 28 de diciembre de 2015, de la Directora General de Ordenación y Atención Sanitaria de la Consejería de Sanidad, en relación con la aplicación en la Comunidad Autónoma de Cantabria del 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.

11 Oficio de 16 de febrero de 2016 del Director Gerente de la Dirección Regional de Salud de Castilla y León dirigido a todos los Directores Gerentes de las Gerencias de Salud de Área, de Atención Especializada, Primaria y Emergencias Sanitarias.

12 Instrucciones de la Directora Gerente, de 14 de marzo de 2016, sobre indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros en el ámbito del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

La Rioja¹³, Extremadura¹⁴, País Vasco¹⁵ y Murcia¹⁶. La única Administración Sanitaria que se ha alineado con las posiciones defendidas desde el Ministerio de Sanidad- que casualmente, o no, son las mismas que las de la Mesa de la Profesión Enfermera- ha sido el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA)¹⁷, que recomienda a los facultativos “*Registrar debidamente en la historia clínica del paciente las pautas de los tratamientos médicos, curas, aerosoles, etc. Especificando la composición, dosis y duración del tratamiento, estableciendo la metodología de práctica clínica y asistencial a seguir por la enfermería*”.

IV. EL DISTINTO POSICIONAMIENTO DE LA MESA DE LA PROFESIÓN ENFERMERA

Obviamente ninguna de estas medidas han sido del agrado de las organizaciones integrantes de la Mesa de la Profesión Enfermera, que no han dudado en calificar estas instrucciones internas de ilegales. Los argumentos jurídicos sobre los que se sustentan estas afirmaciones son:

1º.- Falta de competencia por parte de las Administraciones autonómicas para emitir este tipo de instrucciones.

Tanto la organización sindical SATSE como el Consejo General de Enfermería, consideran que estas instrucciones exceden el ámbito estrictamente doméstico para adentrarse en la regulación de una materia sobre la que carecen de competencias.

Estamos ante medidas que, lejos de contravenir la legislación básica estatal, se ajustan a la perfección a lo dispuesto en el régimen transitorio del RD, y por tanto, hay que colegir que en tanto no se proceda a la aprobación de la normativa de desarrollo (elaboración y validación de protocolos, organización de actividades docentes y programas para la acreditación

13 Instrucción del Director Gerente del Servicio Riojano de Salud, de 21 de enero de 2016.

14 Circular 01/2016, de 7 de enero, de la Consejería de Sanidad y Políticas Sociales en relación a las medidas adoptadas sobre el Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre.

15 Comunicado del Consejero de Salud de 30 de diciembre de 2015.

16 Nota aclaratoria de la Dirección General de Asistencia Sanitaria, de 14 de marzo de 2016, para los equipos directivos de las Áreas de Salud, sobre la aplicación del RD 954/2015, de 23 de octubre.

17 Nota interior de 27 de enero de 2016, emitida por el Coordinador de Equipos de Atención Primaria.

de la enfermería...), la enfermería debe continuar realizando sus funciones como lo viniese realizando con anterioridad al 24 de diciembre de 2015, conservando por tanto su vigencia los protocolos existentes hasta ese momento.

Así pues con la aprobación de estas Instrucciones las Administraciones no estarían innovando el Ordenamiento Jurídico, sino que estarían actuando en el ejercicio de su potestad organizativa, limitándose a informar a sus profesionales sobre los efectos transitorios en el ámbito del respectivo Servicio de Salud de tan controvertido reglamento estatal. Asimismo, con estas Instrucciones la Administración transmite a sus empleados no solo la necesaria seguridad jurídica que precisan para el correcto desempeño de sus funciones en relación con la prestación farmacéutica, sino que además certifica que todos los profesionales de la enfermería que actúen como lo venían haciendo antes de la entrada en vigor de la norma, quedan cubiertos por la póliza de responsabilidad civil y patrimonial de su Servicio de Salud.

En definitiva, no estamos ante una nueva regulación autonómica del ejercicio de las competencias de dispensación, uso y autorización de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros, sino ante una manifestación de la potestad organizativa prevista en el art. 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. A lo anterior habría que añadir que estas instrucciones/circulares no modifican las condiciones ni perjudican los derechos laborales de los profesionales sanitarios, más bien todo lo contrario.

2º.- El RD entró en vigor el 24 de diciembre de 2015, y por tanto hay que proceder a su cumplimiento en todos sus términos. Este es el argumento central sobre el que pivotan las otras dos grandes alegaciones de la Mesa de la Profesión Enfermera: la pérdida de validez de los protocolos y guías de práctica clínica asistencial por no reunir los requisitos exigidos en la norma, y el régimen jurídico de la acreditación.

Es cierto que la Disposición Final 7ª el RD establece sin ambages que *“el presente real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación”*, pero quedarnos únicamente con esta disposición supondría simplificar considerablemente lo que quizá sea el asunto más polémico de este RD. En efecto, la aprobación del Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre está generando a nivel autonómico un encendido debate sobre los efectos de una norma que, pese

a lo dispuesto en su disposición final séptima, que establece que su entrada en vigor tendrá lugar el día siguiente a su publicación en el BOE, de facto resulta inaplicable.

Por este motivo adquieren una gran trascendencia las previsiones recogidas en la Disposición Transitoria Única de la mencionada disposición reglamentaria. Dicha DT establece el régimen transitorio respecto de los dos grandes requisitos que condicionan el válido ejercicio de las competencias de la enfermería en relación con la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, a saber:

a) La acreditación de la enfermería, requisito absolutamente determinante para cualquier actuación de la enfermería relacionada con la prestación farmacéutica del SNS, independientemente de si se trata de medicamentos sujetos o no a prescripción médica.

Respecto de este requisito esencial, tal y como ya señalé la propia norma establece un plazo de cinco años para que los enfermeros con título de Ayudante Técnico Sanitario, Diplomado Universitario en Enfermería o Enfermero Especialista, tanto en el ámbito de los cuidados generales como en el de los cuidados especializados, que no hubieran adquirido las competencias sobre indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano adquieran dichas competencias y la obtención de la correspondiente acreditación.

Muy distinta es la lectura que hace la Mesa de la Profesión Enfermera, que considera aplicable de forma inmediata el régimen jurídico de la acreditación obviando el plazo de 5 años que concede la propia norma. Asimismo subrayan el hecho de que aún en el supuesto en que se hubiese eximido durante 5 años a la enfermería del requisito de la acreditación, el otro actor protagonista del párrafo segundo del art. 3.2 del reglamento, el profesional sanitario prescriptor, no se beneficiaría de ninguna eximente similar y, por ende, seguiría siendo aplicable el controvertido párrafo. Bajo mi punto de vista esta tesis no resulta muy convincente, ¿acaso se podría eximir al profesional sanitario prescriptor de realizar lo que ni los órganos judiciales ni el Consejo de Estado discuten, a saber, las funciones de diagnóstico y prescripción de medicamentos sujetos a receta médica?.

Por otra parte quisiera insistir sobre un aspecto muy importante que no hay que perder de vista a lo largo de todo este artículo, el requisito de la

acreditación no lo impone el reglamento, es una exigencia del legislador estatal, al igual que sucede con el otro gran requisito, los protocolos y guías clínicas.

En efecto, respecto de los protocolos y/o guías de práctica clínica, la norma en cuestión establece que *“En todo caso, para que los enfermeros acreditados conforme a lo establecido en este apartado puedan desarrollar las competencias respecto de los medicamentos sujetos a prescripción médica señaladas en este real decreto se precisará también la validación previa de los correspondientes protocolos y guías de práctica clínica y asistencial por la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad”*.

A su vez la disposición final sexta del RD establece que las necesarias disposiciones para el desarrollo y ejecución del reglamento, deberán adoptarse por la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Es decir, el propio reglamento efectúa una remisión a un posterior e imprescindible desarrollo de la norma que permita facilitar su cumplimiento.

V. CONSECUENCIAS QUE SE PUEDEN DERIVAR PARA LA ENFERMERÍA

Si a lo largo de este breve artículo hemos analizado el polémico art. 3.2 del RD, y el más que evidente divorcio que se ha producido entre buena parte de los servicios autonómicos de salud y la denominada *“Mesa de la Profesión Enfermera”*, en torno a si el precepto de la discordia resulta o no de aplicación teniendo en cuenta lo previsto en la disposición transitoria única, así como su disposición final sexta, ahora llega el momento de analizar las supuestas consecuencias prácticas que se derivarían, según el Consejo General de Enfermería y la organización sindical SATSE, para el colectivo de la enfermería.

1º.- Riesgo de incurrir en la comisión de delito de intrusismo.

2º.- Riesgo de quedar excluido de cualquier tipo de protección por los posibles daños que puedan ocasionar a terceros como consecuencia de su actuación contraria a lo dispuesto en el Real Decreto.

Pero, ¿qué hay de cierto en todo ello? ¿estamos ante miedos infundados, o se trata de certeras advertencias?

Respecto a la supuesta comisión del delito de intrusismo por parte los enfermeros/as que actúen al margen de lo dispuesto en el art. 3.2 del RD, tan solo decir que semejante afirmación carece por completo de fundamento. Nuestra Constitución, en su artículo 36 establece que la Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas, y el artículo 149.1.30 de nuestra Carta Magna atribuye al Estado la competencia para regular las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales. A su vez, el artículo 13 de la Ley General de Sanidad establece que será el Gobierno quién apruebe las normas precisas para evitar el intrusismo profesional y la mala práctica, y el artículo 88 del mismo texto legal reconoce el derecho al ejercicio libre de las profesiones sanitarias de acuerdo con lo establecido en los artículo 35 y 36 de la Constitución.

Nuestra CE establece, por tanto, una reserva de ley para la denominación, configuración y ejercicio de profesiones tituladas, y por tanto difícilmente se puede incurrir en la comisión de este delito por “incumplir” lo dispuesto, no ya en una Ley, sino en una disposición que tiene valor reglamentario. Las funciones y competencias de la enfermería se encuentran descritas en la LOPS, y en el ámbito del empleo público, en su preconstitucional pero aún vigente Estatuto de personal sanitario no facultativo de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social (Disposición Transitoria Sexta del Estatuto Marco).

Los enfermeros que, en cumplimiento de las Instrucciones impartidas por sus respectivos Servicios de Salud, actúen según venían haciéndolo hasta hace escasos meses en relación con la prestación farmacéutica, ni están ni estaban usurpando la competencia más característica de la profesión médica: la prescripción. No cabe por ello confundir la colaboración que viene y ha venido realizando la enfermería con total normalidad en este ámbito, con lo que sería la acción principal de este ilícito, por lo que entiendo faltaría el elemento material que integra el tipo objetivo del delito, amén de la ausencia del elemento normativo; recordemos que este colectivo sí está en posesión de la titulación habilitante para poder seguir realizando las mismas actividades en tanto se dictan las disposiciones de desarrollo del RD.

A todo lo anterior, y a modo de complemento, desde hace años la doctrina ha venido considerando que no se comete delito de intrusismo profesional si no se actúa por parte del afectado de mala fé y con la

intención de suplir un puesto profesional que no es el suyo sino, como sería el caso que nos ocupa, con el convencimiento de que están obrando correctamente al cumplimiento a un deber impuesto por los directivos de los centros sanitarios. En esta línea, el Tribunal Supremo en diversas sentencias (STS 28/6/1991, STS 29/10/1992, STS 13/6/1990 y STS 30/4/1994) viene exigiendo un tercer requisito para poder considerar que se ha cometido el delito de intrusismo, la existencia de conciencia y voluntad por parte del sujeto de la irregular o ilegítima actuación que lleva a cabo y de la violación de las disposiciones por las que se rige aquella.

Resta por analizar si el segundo de los temores que se vienen propalando resulta o no infundado: la falta de cobertura ante una posible exigencia de responsabilidad. El argumento central de la Mesa de la Profesión de Enfermería es que resulta prácticamente imposible que ninguna compañía aseguradora asuma la responsabilidad por los daños ocasionados a terceros por el personal de enfermería que, en el momento actual, actúe de forma contraria a lo previsto en el RD. Estamos ante una afirmación un tanto pretenciosa, sobre todo porque aún en el hipotético caso que así fuera por considerar la entidad aseguradora que no puede cubrir este tipo de riesgos por derivar de actuaciones contrarias al Ordenamiento, la Administración vendría obligada a asumir directamente la responsabilidad (responsabilidad patrimonial).

Así pues yo diría que estamos más bien ante temores infundados que, eso sí, alimentan la incertidumbre y el desasosiego entre nuestros profesionales. Llegados a este punto lo que cabría preguntarse es qué le interesa al enfermero/a que presta sus servicios en las CCAA que han impartido este tipo de instrucciones, si actuar conforme a las mismas, o por el contrario, decantarse por las indicaciones de la Mesa. Veamos a continuación cuáles serían las consecuencias que se pueden derivar en este último supuesto:

1. Se puede incurrir en responsabilidad profesional no solo por acción, sino también por omisión (algo que omite deliberadamente la Mesa de la Profesión Enfermera); si el enfermero/a, en contra de lo que establece la buena praxis y obrando según las indicaciones del Colegio, decidiera no prestar los cuidados que precisa un paciente porque no haya médico disponible, produciéndose finalmente un daño no deseado (por ejemplo, infección de la herida con mala evolución) ¿en qué situación quedaría ese profesional?

2. A lo anterior habría que añadir la posible exigencia de responsabilidad disciplinaria en la que puede incurrir el profesional enfermero al incitarle abiertamente a que desoiga las órdenes de sus superiores jerárquicos o de otros compañeros asistenciales, o se niegue a realizar tareas que venían desempeñando hasta este momento. De este modo se les exponiendo innecesariamente a la apertura de un expediente disciplinario¹⁸.

A modo de resumen se podría decir que la enfermería tiene ante sí la siguiente disyuntiva: o seguir realizando con total normalidad su actividad profesional habitual en condiciones de seguridad jurídica al abrigo de la protección que le brinda su Administración sanitaria, o bien apostar por aventuras con incierto final alentadas por terceros.

Para terminar de complicar este embrollado y espinoso asunto relativo a la aplicación temporal del citado reglamento, el Tribunal Supremo mediante Auto de 2 de febrero de 2016 ha denegado la medida cautelar solicitada por el Colegio de Enfermería para que no fuese de aplicación el art. 3.2 del RD¹⁹. Esta resolución judicial se ha convertido en un sólido argumento para los partidarios de la aplicación íntegra e inmediata del RD (Ministerio y Colegio de Enfermería), y deja aparentemente en entredicho las medidas adoptadas por las CCAA. No obstante los distintos Autos del TS dejan bien claro en su FD 6º que los tantas veces citados “protocolos” siguen siendo el eje central, la piedra angular sobre la que descansa toda la regulación de la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica, hasta el punto que afirma que “la forma de determinarse el previo diagnóstico y prescripción se determinará en esos protocolos

18 El artículo 19 del Estatuto Marco establece como uno de los deberes del personal estatutario, “Cumplir con diligencia las instrucciones recibidas de sus superiores jerárquicos en relación con las funciones propias de su nombramiento, y colaborar leal y activamente en el trabajo en equipo”. El art. 72.2 tipifica como infracciones muy graves “El notorio incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios”, y “La desobediencia notoria y manifiesta a las órdenes o instrucciones de un superior directo, mediato o inmediato, emitidas por éste en el ejercicio de sus funciones, salvo que constituyan una infracción manifiesta y clara y terminante de un precepto de una ley o de otra disposición de carácter general”.

19 ATS 28-1-2016, rec. 161/2016; 2-2-2016, rec. 41/2016; 2-2-2016, rec. 24/2016; 22-2-2016, rec. 227/2016; 24-2-2016, rec. 161/2016; 24-2-2016, rec. 148/2016; 1-3-2016, rec. 649/2016; 14-3-2016, rec. 642/2016; 15-3-2016, rec. 24/2016; 15-3-2016, rec. 3562/2016; 29-3-2016, rec. 4121/2016; 29-3-2016, rec. 41/2016; 29-3-2016, rec. 4154/2016; 29-3-2016, rec. 4132/2016; 13-4-2016, rec. 4086/2016.

o guías pues son documentos que deben recoger el “marco” que determinará cómo debe ser la actuación de los enfermeros en relación al poder de instrucción del médico”.

Obsérvese que nuestro Alto Tribunal se refiere a estos protocolos siempre en términos futuros (determinará) porque no existen tales protocolos, luego la pregunta que cabría trasladar a quienes se muestran firmes partidarios de la aplicación íntegra e inmediata del Real Decreto es bien sencilla, ¿Cómo aplicar lo que de facto resulta absolutamente inaplicable? ¿Cómo exigir que la actuación de la enfermería se supedite al previo diagnóstico y prescripción del médico si el propio protocolo que es el que debe albergar las directrices a seguir por todos los implicados no existe? Parece evidente que estas posiciones nos abocan a un auténtico callejón sin salida.