

TRIBUNAL SUPREMO,
SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, sección 7ª

Sentencia de 26 de enero de 1994, recurso 9809/1991.

Presidente: Murillo Martín de los Santos, Marcelino

RESUMEN

El TS estima el recurso de apelación interpuesto por el Colegio de A.T.S y Diplomados en Enfermería, anulando la declaración de vacantes de Técnicos Especialistas y los actos posteriores que se haya producido con relación a la adjudicación de dichas plazas, por cuanto una sentencia del TS anuló una Disp. Adc. que disponía el monopolio para los que estaban en posesión del Título de Formación Profesional de 2º Grado, Rama Sanitaria para acceder a ese tipo de plazas. Con esta sentencia los A.T.S. y D.E. tenía posibilidad de acceder a esas plazas, que la resolución impugnada les ha cerrado, por lo que procede su anulación.

NORMATIVA APLICADA

- OM 14-06-84. Formación Profesional 2º grado, Especialistas en la rama Sanitaria : art. 4
- D 203/1971 28-01-71. Escuelas de A.T.S.; Especialidad de Análisis Clínicos : art. 4
- OM 09-10-80. Diplomados de Escuelas Universitarias de Enfermería de Especialidades establecidas para ATS :

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Colegio Oficial de Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados en Enfermería de Málaga, recurre en apelación la S 2 junio 1991, Sala de lo Contencioso-administrativo, con sede en

Málaga, del TSJ Andalucía, que desestima el recurso Contencioso-administrativo interpuesto por dicho Colegio contra resolución 29 diciembre 1989, del SAS (Servicio Andaluz de Salud) de la Consejería de Salud y Servicios Sociales de la Junta de Andalucía, desestimatoria del recurso de reposición formulado por dicho Colegio contra Acuerdo de la Comisión de Personal Auxiliar Sanitario no Facultativo, de Málaga, de 5 septiembre 1988, adoptado en Concurso Abierto y Permanente, declarando vacantes correspondientes al mes septiembre 1989, en dicha Provincia, entre otras, 8 plazas de Técnico Especialista -5 en la modalidad de Técnico Especialista de Laboratorio (TEL) 2 en la modalidad de Técnico Especialista de Radiodiagnostico (TER) y 1 de Técnico Especialista de Anatomía Patológica (TEAP) en el Hospital Comarcal de Velez-Málaga, siendo pretensiones del recurrente, desestimadas en la sentencia apelada, la nulidad de la declaración de vacantes correspondientes a esas 8 plazas, la nulidad de cuantos actos se hayan dictado con posterioridad en relación con la posible adjudicación de dichas plazas, y que en sucesivas convocatorias se posibilite a los ATS (Ayudantes Técnicos Sanitarios) y DE (Diplomados en Enfermería) especialistas el acceso a las vacantes que se produzcan así como a plazas de nueva creación en igualdad de oportunidades que los Técnicos Especialistas, rama Sanitaria, sacando el 50% de dichas plazas para los ATS y DE y el otro 50% para los Técnicos Especialistas y con cargo a las respectivas plantillas; pretensiones todas ellas fundadas, y en que, a juicio del recurrente, los actos impugnados no se ajustan a lo que resolvió la antigua Sala 4ª de este Tribunal Supremo en su S 27 abril 1988, en la que se anulo la disp. adic. de la OM 14 junio 1984, reguladora de las competencias y funciones de los Técnicos Especialistas de la Rama Sanitaria de 2º Grado.

SEGUNDO.- Alega el Colegio apelante, al combatir la sentencia, la misma fundamentación que utilizo en la demanda jurisdiccional, esto es, la inobservancia por parte del SAS lo resuelto en la S 27 abril 1988 de la antigua Sala 4ª de este Tribunal Supremo, alegación que merece acogimiento ya que dicha S resolviendo recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Nacional de Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados en Enfermería, especialistas en Análisis Clínicos, contra la Orden 14 junio 1984, reguladora de las competencias y funciones, de los Técnicos Especialistas de la Rama Sanitaria de 2º Grado (Técnicos Especialistas de Laboratorio, Radiodiagnostico, Anatomía Patológica, Medicina Nuclear y Radioterapia), estimó la pretensión subsidiaria de los recurrentes declarando la nulidad, tan solo, de la disp. adic. de la Orden, con mantenimiento de "la validez del resto de la disposición", disp. adic. aquella que establecía que "a partir de la entrada en vigor de la presente Orden será requisito indispensable para acceder a las vacantes y nuevas plazas que supongan el ejercicio de las funciones y actividades reguladas en el art. 4º, al estar en posesión de título de Formación Profesional de 2º Grado, Rama Sanitaria, en la especialidad que a cada caso corresponda", declaración de nulidad de dicha disp. adic. que se razono en base a que entre las funciones y actividades que se incluían en el art. 4º de la Orden figuraban, entre otras, las de colaboración (con los médicos de la respectiva especialidad)-núms. 3, 4, 6 y 7, art. 4º-,siendo precisamente la función de colaboración con los facultativos sanitarios la principal asignada a los Ayudantes Técnicos Sanitarios recurrentes (Rama Análisis Clínico) en el art. 4º D 203/71 de 28 enero, creador de esta especialidad, extendida a los Diplomados en Enfermería por Orden de 9 octubre 1980 con lo que al establecerse en la disp. adic. como "requisito indispensable" para acceder a las vacantes y nuevas plazas estar en posesión de un título, distinto al de esos Ayudantes y Diplomados,

ello equivalía, lisa y llanamente, a establecer un monopolio para esas funciones relacionadas en el art. 4º de la Orden impugnada en favor de los Titulares de Formación Profesional, con la consiguiente exclusión de las restantes Titulaciones, lo que llevo a este Tribunal Supremo, en la referida sentencia, a declarar la Nulidad de aquella disp. adic., por estar en abierta contradicción con lo reglado en el 203/71 de 28 enero, infringiéndose el principio de jerarquía normativa. Con tal sentencia, por tanto, a los Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados de Enfermería, especialistas en Análisis Clínicos, de les abría la posibilidad de acceder a las vacantes y nuevas plazas que supongan el ejercicio de las funciones y actividades reguladas en aquellos aps., art. 4º de la Orden de 14 junio 1984, coexistiendo en dichas funciones y actividades con los Técnicos Especialistas de la Rama Sanitaria de 2º grado, referidos en el art. 1º de la mencionada Orden.

Pues bien el SAS por resolución 41/89 de 26 abril, ante la situación generada como consecuencia de la sentencia referida de 27 abril 1988, y hasta tanto se ultimaran los estudios que se venían desarrollando sobre plantillas de los Centros Hospitalarios del SAS procedió a fijar, con carácter provisional, la plantilla correspondiente a Técnicos Especialistas, Formación-Profesional de 2º Grado, Rama Sanitaria, y a autorizar su cobertura por el procedimiento reglamentario, esto es, el de concurso abierto y permanente previsto en el Estatuto del Personal Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de las Instituciones Sanitarias, aprobado por O. de 26 abril 1973, y modificado por disposiciones posteriores, recogándose en la convocatoria - como expresamente reconoce el Colegio apelante, desde su escrito de reposición - que "podrán optar a estas plazas todas las personas que reúnan los requisitos recogidos en la STS 27 abril 1988". Pero esta previsión contenida en la convocatoria es meramente teórica, frente a la posibilidad real que tienen los Ayudantes Técnicas Sanitarios y Diplomados en Enfermería especialistas, a partir de la sentencia de este Tribunal de 27 abril 1988, de acceder a las vacantes y nuevas plazas que supongan el ejercicio de las funciones y actividades propias de los Técnicos Especialistas señaladas en aquellos aps. de art. 4º de la OM de 14 junio 1984, pues no habiendo establecido la Administración competente un baremo común u otro procedimiento (así se reconoce expresamente en la resolución impugnada resolviendo el recurso de reposición) para dilucidar a cuales de ellos (ATS y DE o Técnicos Especialistas), en igualdad de condiciones, procedería el otorgamiento de la plaza de Técnico Especialista, aquella posibilidad de acceso queda reducida a mera Andalucía, y bien significativo es, como alega la parte apelante, que desde la fecha de la sentencia de este Tribunal ningún ATS o DE ha accedido a vacante o plaza de nueva creación, - alegación que ni tan si quiera ha sido combatida por la parte apelada - y que estas han sido ocupadas exclusivamente por técnicos.

TERCERO.- Por todo lo expuesto procede la estimación parcial del recurso de apelación, y la revocación de la sentencia, para en su lugar, estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo, pues si bien procede, por lo ya razonado, anular, por no conforme a derecho, la resolución de 29 diciembre 1989, que confirmo en reposición el acuerdo de 5 mayo 1989, de la Comisión Provincial del Personal Auxiliar Sanitario no Facultativo declarando vacantes las 8 plazas de Técnicos, rama sanitaria (5 en la modalidad TEL 2 en la modalidad TER y 1 en la modalidad TEAP), a que se contrae el recurso, y procede asimismo declarar la nulidad de los actos posteriores que se hayan producido con relación a la adjudicación de

dichas plazas, no cabe en cambio estimar la tercera pretensión del recurrente de que en el futuro se haga la convocatoria sacando el 50% de las plazas para los ATS y DE y el otro 50% para los Técnicos Especialistas, y con cargo a sus respectivas plantillas, pues la sentencia de este Tribunal no contiene pronunciamiento alguno al respecto, y, además, tal materia es de exclusiva regulación por parte de la Administración, conforme a sus reales necesidades, en la que obviamente habrá de respetar el acceso de los ATS y DE, especialistas, a las vacantes y nuevas plazas que supongan el ejercicio de las funciones y actividades reguladas en los aps. 3º, 4º, 6º y 7º, art. 4 de la Orden 14 junio 1984, en condiciones de igualdad con los Técnicos Especialistas, de la Rama Sanitaria, de 2º Grado, dada la anulación de la disp. adic. de dicha Orden por la mencionada sentencia.

CUARTO.- No se aprecia la concurrencia de ninguna de las circunstancias previstas en el art. 11 Ley Jurisdiccional, que justifique un pronunciamiento especial en materia de costas.

FALLO

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Colegio Oficial de Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados en Enfermería, de Málaga, contra S 2 junio 1991, Sala de lo Contencioso-administrativo, con sede en Málaga, del TSJ Andalucía en rec. núm. 99/90, revocamos dicha sentencia, y en su lugar, estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicho Colegio anulando como anulamos, por no ser conformes a Derecho, el Acuerdo 5 septiembre 1989 de la Comisión de Personal Auxiliar Sanitario no Facultativo de Málaga, así como la resolución 29 diciembre 1989 del SAS, desestimatoria de la reposición formulada frente aquel Acuerdo, en el concreto punto impugnado, esto es, en cuanto se declaran vacantes 8 plazas de Técnico Especialista (5 del TEL, 2 de TER y 1 de TEAP) en el Hospital Comarcal de Velez-Málaga, y asimismo anulamos los actos posteriores que se hayan podido producir con motivo de la adjudicación de dichas plazas, sin pronunciamiento especial de condena en materia de costas.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Cesar González Mallo.- Vicente Conde Martín de Hijas.- Marcelino Murillo Martín de los Santos.