



Roj: **STSJ GAL 2688/2019 - ECLI: ES:TSJGAL:2019:2688**

Id Cendoj: **15030330012019100228**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **08/05/2019**

Nº de Recurso: **207/2018**

Nº de Resolución: **234/2019**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO SEOANE PESQUEIRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA** : 00234/2019

**Ponente: D. Fernando Seoane Pesqueira**

**Recurso número: Procedimiento Ordinario 207/2018**

Recurrente: D. Jose Miguel

Administración demandada: Ministerio de Defensa

**EN NOMBRE DEL REY**

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la

**SENTENCIA**

**Ilmos. Sres.**

**D. Fernando Seoane Pesqueira, Presidente.**

**D. Benigno López González**

**D<sup>a</sup>. María Dolores Rivera Frade**

A Coruña, a 8 de mayo de 2019.

El recurso contencioso-administrativo que con el número 207/2018 pende de resolución en esta Sala, ha sido interpuesto por D. Jose Miguel , representado por la procuradora D<sup>a</sup>. Susana Prego Vieito y dirigido por la letrada D<sup>a</sup>. María Beatriz Pena Domínguez, contra la resolución de 26 de marzo de 2018 del Director General de Personal del Ministerio de Defensa, por delegación del Subsecretario del mismo Departamento, siendo parte demandada el Ministerio de Defensa, representado y dirigido por el Abogado del Estado.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Seoane Pesqueira.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Admitido a trámite el presente recurso contencioso-administrativo, se practicaron las diligencias oportunas y, recibido el expediente, se dio traslado del mismo a la parte recurrente para deducir la oportuna demanda, lo que se hizo a medio de escrito en el que, en el que en síntesis, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que se estimaron pertinentes, se acabó suplicando que se dictase sentencia por la que se declare:



" A) Que se anule la resolución impugnada por ser contraria al silencio positivo obtenido por el transcurso de los meses y regulado en el artículo 24 de la ley 39/2015 , con concesión del traslado por obtención del silencio.

B) Subsidiariamente , y para el supuesto de que no se estimen las anteriores pretensiones, intereso se dicte sentencia en cuya virtud se estime en su integridad el recurso contencioso administrativo interpuesto y, para su efecto, se declare la no conformidad a derecho y subsiguiente y total anulación de la Resolución de fecha 26 de Marzo de 2018 dictada por la Dirección General de personal, de la Subsecretaría de Defensa, del Ministerio de Defensa y que además SE DECLARE EL DERECHO DE DON Jose Miguel A QUE SE PROCEDA A SU TRASLADO, POR LAS RAZONES DE SALUD EXPUESTAS EN ESTE ESCRITO, de su actual puesto de trabajo sito en Ferrol a:

-la Residencia General Barroso sita en la localidad de Santiago de Compostela

- Subsidiariamente , y para el supuesto de que no hubiera vacantes en la Residencia General Barroso, se le conceda el traslado a cualquier otra unidad en Santiago de Compostela en donde hubiera vacantes.

- Subsidiariamente , y para el supuesto de que no hubiera vacantes en ninguna unidad de Santiago de Compostela, se le conceda el traslado a cualquier otra localidad lo más cercana posible a Santiago de Compostela."

**SEGUNDO** .- Conferido traslado a la parte demandada, se solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de derecho consignados en la contestación de la demanda.

**TERCERO** .- Habiéndose recibido el asunto a prueba y practicada ésta según obra en autos, y declarado concluso el debate escrito, quedaron las actuaciones sobre la mesa para resolver.

**CUARTO** .- En la sustanciación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo la cuantía del mismo indeterminada.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### **PRIMERO : Objeto de impugnación y pretensiones ejercitadas.-**

Don Jose Miguel impugna la resolución de 26 de marzo de 2018 del Director General de Personal del Ministerio de Defensa, por delegación del Subsecretario del mismo Departamento, por la que se desestima su solicitud de traslado por motivos de salud de Ferrol a Santiago de Compostela.

En el suplico de la demanda el recurrente interesó, con carácter principal, que se anule la resolución impugnada, por ser contraria al silencio positivo obtenido por el transcurso de los meses y regulado en el artículo 24 de la Ley 39/2015 , con concesión del traslado por obtención del silencio, y subsidiariamente, con anulación de la resolución de 26 de marzo de 2018, que se declare su derecho a que se proceda a su traslado, por razones de salud, de su actual puesto de trabajo sito en Ferrol a: A) la Residencia General Barroso, sita en la localidad de Santiago de Compostela, B) subsidiariamente, y para el supuesto de que no hubiera vacantes en dicha Residencia, se le conceda el traslado a cualquier otra unidad en Santiago de Compostela en donde hubiera vacantes, y C) subsidiariamente, y para el supuesto de que no hubiera vacantes en ninguna unidad de Santiago de Compostela, se le conceda el traslado a cualquier otra localidad lo más cercana posible a Santiago de Compostela.

### **SEGUNDO : Antecedentes fácticos de interés que se desprenden del expediente administrativo.-**

Con fecha 12 de mayo de 2017 don Jose Miguel , de 63 años a la sazón, funcionario del Cuerpo de Oficiales de la Armada, con destino definitivo como encuadernador en la Escuela de Especialidades de la Armada "Antonio de Estaño" en Ferrol, presentó un escrito en el Registro General de la Xunta de Galicia, y con entrada en el Ministerio de Defensa el 22 de mayo de 2017, al que fue remitido, solicitando traslado por motivos de salud a Santiago de Compostela, lugar donde reside, y por ello interesó que se le asignase una plaza de su categoría profesional en la Residencia General Barroso de dicha población.

El fundamento de dicha petición ha sido que, después de sufrir varios cuadros de lumbociatalgia izquierda en julio y octubre de 2016, siéndole apreciada hernia discal paramedial izquierda en resonancia magnética lumbar realizada en agosto de 2016, y tras haber sido sometido a una intervención quirúrgica de menissectomía parcial el 2 de diciembre de 2016, en informe de 10 de marzo de 2017 del doctor don Bernardino se le indicaba que no debía realizar esfuerzos sobre la columna tipo bipedestación, conducir lo menos posible y evitar pesos, de modo que se agravaba su patología por el hecho de tener que conducir todos los días para ir a trabajar, desde su domicilio, sito en Santiago de Compostela, hasta Ferrol, lo que entraña aproximadamente 200 kilómetros entre el viaje de ida y el de vuelta.

Una vez requerido para poder continuar la tramitación del expediente administrativo, el señor Jose Miguel aportó siete certificados e informes médicos que relatan los cuadros y la intervención quirúrgica mencionada.



Seguidamente se emitió informe de aptitud para su puesto de trabajo del señor Jose Miguel por parte del Servicio de Prevención, en el sentido de que es apto, tras haberle practicado reconocimiento médico específico el 10 de octubre de 2017, y después de haber sido evaluados los riesgos presentes en su puesto de trabajo de imprenta (encuadernador).

En base a todo lo anterior, con fecha 26 de marzo de 2018 la Directora General de Personal del Ministerio de Defensa, por delegación del Subsecretario, desestimó la solicitud formulada, en base al artículo 20.1.h de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, modificada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, y resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 28/01/2004 por la que se dictan las reglas aplicables para la concesión de traslados a los funcionarios de la administración General del Estado por razones de Salud, siendo notificada al señor Jose Miguel aquella resolución el 18 de abril siguiente.

#### **TERCERO : Alegaciones del demandante en que funda su impugnación.-**

En la demanda el recurrente comienza por reiterar las alegaciones que esgrimió en su escrito inicial de la vía administrativa, que ha sido sintetizado en el anterior fundamento jurídico, incidiendo especialmente en que de los informe médicos se deduce que el señor Jose Miguel padece hernia discal paramedial en la L4 y L5, lumbalgia y gonalgia (dolor de rodilla), así como que no debe realizar esfuerzos sobre la columna tipo bipedestación, conducir lo menos posible y evitar pesos, por lo que conducir de lunes a viernes unos 200 kilómetros podría provocar un nuevo cuadro patológico, lo que motivó su petición de traslado por motivos de salud.

Aporta con la demanda otro informe emitido por don Desiderio, facultativo especialista en valoración de daño corporal, que dictaminó el padecimiento en el señor Jose Miguel de un cuadro de gonalgia mecánica crónica en el contexto de un proceso degenerativo severo que produce impotencia funcional de los miembros inferiores, siendo necesario que se eviten actividades que supongan una sobrecarga mecánica articular.

Argumenta el recurrente que en vía administrativa interesó que se le concediese un nuevo destino y que se le asignase una plaza de su categoría profesional en su lugar de residencia, es decir, en Santiago de Compostela, más en concreto en la Residencia General Barroso de esa ciudad, y que en estos momentos se interesa el traslado a esa residencia o, para la posible eventualidad de que en la misma no hubiera vacantes, a cualquier otra unidad de Santiago de Compostela donde hubiese alguna vacante; y para el supuesto de que tampoco hubiese vacantes en ninguna unidad de Santiago de Compostela, se interesa el traslado a cualquier localidad con vacante lo más cercana posible a Santiago de Compostela, que es su lugar de residencia.

Alega el demandante que, según la resolución de 28 de enero de 2014, si la resolución de la solicitud es denegatoria, el plazo máximo para resolver es de 3 meses desde la entrada de la solicitud en el registro. En este caso la solicitud entró en el registro de la Xunta el día 12 de mayo de 2017 y en el del Ministerio de Defensa el día 22 de mayo siguiente, y la resolución desestimatoria es de fecha 26 de marzo de 2018, notificada al demandante el 18 de abril de 2018, motivo por el cual entiende que, al amparo de lo preceptuado en el artículo 24 de la ley 39/2015, el silencio de la Administración ha de entenderse como un silencio positivo y procedería anular aquella resolución por ser contraria al silencio positivo.

También alega el recurrente que, en base al artículo 20.1.h de la Ley 30/1984, existe causa suficiente para conceder el traslado por motivos de salud, porque el hecho de conducir influye negativamente en su estado de salud, tal como se desprende de los informes médicos aportados.

#### **CUARTO : Aplicación del silencio positivo al caso presente y no vigencia del Real Decreto 1777/1994.-**

Tal como se deriva del examen del expediente y se hizo constar anteriormente, la solicitud de traslado por motivo de salud la presentó el recurrente el día 12 de mayo de 2017 en el Registro General de la Xunta de Galicia, y tuvo entrada en el Ministerio de Defensa el 22 de mayo de 2017, mientras que la resolución de 26 de marzo de 2017 fue notificada al solicitante el día 18 de abril de 2018, fuera, pues, de los tres meses que como plazo máximo para resolver se contiene en el artículo 2.2 de la resolución de 28 de enero de 2004 del Secretario de Estado para la Administración Pública, por la que se dictan las reglas aplicables para la concesión de traslados a los funcionarios de la Administración General del Estado por razones de salud (que es mencionada asimismo, como la aplicable, por el jefe de área de personal civil del Ministerio de Defensa en el escrito de 21 de junio de 2017: documento nº 2 del expediente administrativo).

El artículo 3.1 de la misma resolución de 28/1/2004 establece el plazo máximo de seis meses para dictar resolución, pero este plazo se refiere a la que ha de dictarse después de que se ha identificado un puesto vacante adecuado y se comunique al interesado a fin de que manifieste su conformidad con el traslado a dicho puesto, lo que no es el caso. De todos modos, también se había rebasado ese plazo máximo de seis meses, porque lo es para dictar la resolución y notificarla, con arreglo al artículo 24.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.



Aclarado lo anterior, en orden a decidir esta impugnación ha de tenerse en cuenta que el artículo 24.1 de la Ley 39/2015 dispone que:

*" En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario. Cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general .*

*El silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución , aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente y en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.*

*El sentido del silencio también será desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase y notificase resolución expresa, siempre que no se refiera a las materias enumeradas en el párrafo anterior de este apartado".*

En el caso presente, resulta incuestionable que la solicitud del recurrente no fue contestada y notificada por la Administración en el plazo máximo de tres meses, por lo que, tratándose de un procedimiento iniciado a solicitud del interesado, hay que entenderla estimada por silencio administrativo.

Así, en caso de que se formule una solicitud ante la Administración que no reciba contestación y sea notificada en plazo, y esta no se halle ni entre las excepcionadas por una norma con rango de ley (lógicamente diferente a la propia Ley 39/2015, porque si el legislador quisiera incluir esta diría "en esta o en otra norma con rango de ley") o de Derecho comunitario europeo o Derecho Internacional aplicable en España ni entre aquellas que la jurisprudencia ha incluido como no susceptibles de generar el silencio positivo, hay que entenderla estimada, y si la Administración considera que con ello se da lugar a un acto contrario al ordenamiento jurídico, ha de acudir al procedimiento de revisión de oficio previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992 .

En efecto, la nueva regulación que respecto al silencio administrativo parte de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, significa una mutación importante que no puede ignorarse desde que aquélla entró en vigor. La exposición de motivos de la Ley 4/1999 explicaba el cambio producido al argumentar: " *No podemos olvidar que cuando se regula el silencio, en realidad se está tratando de establecer medidas preventivas contra patologías del procedimiento ajenas al correcto funcionamiento de la Administración que diseña la propia Ley. Pues bien, esta situación de falta de respuesta por la Administración -siempre indeseable- nunca puede causar perjuicios innecesarios al ciudadano, sino que, equilibrando los intereses en presencia, normalmente debe hacer valer el interés de quien ha cumplido correctamente con las obligaciones legalmente impuestas "*.

Por lo demás, está claro que el caso de autos no está comprendido en los supuestos de excepción, ya que para evitar el efecto estimatorio del silencio sería imprescindible que se dictase una norma con rango de ley o norma de Derecho comunitario o de Derecho Internacional aplicable en España que estableciese el efecto desestimatorio del silencio (como dice el art. 24.1 de la Ley 39/2015 ). La única de ese rango que se ha dictado a nivel estatal después de la Ley 4/1999 es la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que en el Anexo II de su disposición adicional 29ª contiene una relación de los procedimientos incluidos en la excepción prevista en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992 , en ninguno de los cuales cabe incluir este caso, ni siquiera en el seno de los procedimientos de resolución de solicitudes sobre adscripción de puestos de trabajo y otros procedimientos regulados en el Real Decreto 469/1987 a que se refiere el Abogado del Estado para tratar de deducir un efecto desestimatorio. Tampoco se trata de una solicitud cuyo acogimiento de lugar a que se transfirieran al solicitante facultades relativas al servicio público, tal como alega el defensor de la Administración General del Estado.

El Abogado del Estado argumenta que del plazo para dictar y notificar la resolución expresa hay que descontar los períodos de tiempo en que el procedimiento está paralizado para la obtención de informes preceptivos y necesarios para dictar resolución, a lo que se añade que el interesado, si bien formuló su solicitud inicial en mayo de 2017, fue requerido para completar su documentación, debiendo adjuntar los informes médicos en



los que amparar su pretensión, no siendo hasta julio de ese año que el actor la aportó, y hasta marzo no se llegó a completar toda la documentación.

No puede acogerse dicha argumentación porque: 1ª El artículo 22.1 de la Ley 39/2015 permite potestativamente (dice el precepto "se podrá suspender") la suspensión del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución, pero lógicamente, cuando así se haga, ha de dictarse una resolución acordándolo, que ha de notificarse al interesado, lo que no se ha hecho, 2º Si bien uno de los casos en que cabe dicha suspensión es cuando se requiera al interesado para la aportación de documentos ( apartado a) del artículo 22.1 Ley 39/2015 ), en el caso presente dicho requerimiento se notificó al señor Jose Miguel el 29 de junio de 2017 ( documento nº 2 del expediente administrativo), y la aportación documental tuvo entrada en el registro del Ministerio de Defensa el 19 de julio de 2017, por lo que, si se hubiera dictado aquella resolución de suspensión, a lo sumo podría suspenderse el plazo durante diecinueve días, 3º Otro de los supuestos en que cabe la suspensión del plazo es cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración ( apartado d del artículo 22.1 de la Ley 39/2015 ), y, aunque se considerasen preceptivos los informes interesados, lo que no consta, para ello resulta imprescindible que se comunique a los interesados tanto la petición como la recepción del informe, sin que en ningún caso pueda exceder el plazo de suspensión en este caso de tres meses, y 4º Si se suma a este plazo máximo de tres meses el de diecinueve días anterior, no se alcanza a justificar la demora en once meses desde la solicitud hasta la notificación de la resolución expresa, y en todo caso se ha rebasado sobradamente el plazo de tres meses fijado en el artículo 2.2 de la resolución de 28 de enero de 2004.

Por otra parte, también lleva razón el recurrente cuando argumenta que resulta improcedente la resolución expresa tardía desestimatoria, pues así se establece en el artículo 24.3.a de la Ley 39/2015 , y tal como así se razona en la sentencia de 29 de octubre de 2015 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo ( recurso de casación 322/2012 ), según la cual:

*" La sentencia de esta misma Sala y Sección de 27 de abril de 2007 ( RC 10133/2003 ), analiza la adquisición de derechos por silencio positivo de conformidad con lo dispuesto en la LRJPA, en la redacción dada por la Ley 4/1999, rechazando la posibilidad de resoluciones expresas tardías en sentido denegatorio cuando el silencio positivo ya se ha producido, y resaltando la necesidad de acudir al procedimiento de revisión de oficio previsto en la misma Ley si se entiende que el acto adquirido por silencio es contrario a Derecho.*

*Comienza señalando la sentencia, acerca de esta cuestión, que en la legislación vigente sobre procedimiento administrativo, el silencio positivo da lugar a un verdadero acto administrativo estimatorio. Ciertamente es —continúa la sentencia su argumentación— que aun partiendo de esta caracterización del silencio positivo como auténtico acto administrativo, la misma Ley ha querido poner remedio a las consecuencias potencialmente lesivas para el principio de legalidad a que conduce esta caracterización jurídica del silencio, y por eso su artículo 62.1.f) establece que los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho cuando se trate de " actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición". Ahora bien, puntualiza la sentencia, este precepto que se acaba de transcribir "no puede ser interpretado y aplicado prescindiendo de lo dispuesto por el art. 43.4.a) " de la misma Ley, reformado por la Ley 4/1999 , donde se establece que " en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo ". Esta específica previsión legal, coherente con la naturaleza del silencio positivo como acto administrativo declarativo de derechos, implica que si la Administración consideraba que el acto administrativo así adquirido es nulo, por aplicación del propio art. 62.1.f) ( esto es, por carecer el adquirente del derecho de los requisitos esenciales para su adquisición), la misma no podría dictar una resolución expresa tardía denegatoria del derecho, posibilidad vedada por el art. 43.4.a) de la LRJPA , y, por el contrario habría de acudir al procedimiento de revisión de oficio contemplado en el art. 102.1, de la tan citada LRJPA . La interpretación contraria, es decir, la consistente en que el acto adquirido por silencio positivo puede ser directamente desplazado por un acto expreso posterior en los casos del art. 62.1.f), es, no solo contraria a la naturaleza del silencio positivo plasmada en la misma Ley , sino también a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima que la propia Ley también recoge, sin olvidar que siempre queda en manos de la Administración evitar los efectos distorsionadores de la adquisición de derechos cuando no se cumplen las condiciones para ello, mediante el simple expediente de resolver los procedimientos en plazo."*

Contiene argumentación similar la sentencia de 7 de octubre de 2014 ( recurso de casación 3887/2012 ), en el sentido de remitir al procedimiento de revisión de oficio si se estima que concurre la causa de nulidad del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992 .

A fin de excluir los efectos del silencio positivo, asimismo aduce el Abogado del Estado que en este caso son desestimatorios, conforme resulta del Real Decreto **1777/1994**, de 5 de agosto. En concreto, considera que este supuesto está en la regla de excepción del artículo 2.1 de dicho **RD**, que establece que las



solicitudes formuladas en los siguientes procedimientos administrativos de gestión de personal se podrán entender desestimadas una vez transcurrido el plazo de tres meses sin que se hubiera dictado resolución expresa: Procedimientos de resolución de las solicitudes formuladas en relación con la adscripción de puestos a determinados grupos de funcionarios, forma de provisión de aquéllos, titulaciones requeridas, Administraciones de procedencia para ocuparlos, localidad del puesto, exclusividad del mismo, temporalidad, consideraciones de amortización a un plazo determinado y de cualesquiera otras que tengan incidencia en las relaciones de puestos de trabajo o catálogos.

Pero dicho **RD** no resulta operativo en este caso, tal como ha argumentado esta Sala y Sección reiteradamente al afirmar que el citado **RD 1777/1994** ha perdido vigencia.

Hemos expuesto y argumentado nuestro criterio en la sentencia de 8 de febrero de 2012 (rollo de apelación 265/2011 ) en el sentido siguiente:

*"Consideramos que dicho R.D. 1777/1994 ha perdido vigencia tras el agotamiento con creces del plazo habilitado por la citada Disposición Adicional Segunda, 2, de la Ley 4/1999 , la cual fija un doble mandato para el Gobierno. Primero, que adapte las normas del procedimiento al sentido del silencio positivo. Segundo, que lo lleve a cabo en dos años. A nuestro juicio varias perspectivas interpretativas conducen a excluir la pervivencia de la vigencia del Reglamento citado.*

**A) NATURALEZA DE LAS DISPOSICIONES ADICIONAL PRIMERA (2) Y DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA DE LA LEY 4/1999 .**

*El juego combinado de ambas disposiciones, en cuanto conducen a la posibilidad de que las normas reglamentarias mantengan su poder de fijar el silencio negativo tiene un carácter marcadamente excepcional frente a la regla general establecida en el cuerpo de la propia Ley 4/1999 (art.43.2 ), y como tal ha de ser objeto de interpretación restrictiva.*

*Junto a ello, ha de tenerse en cuenta el principio de interpretación restrictiva de las normas limitadoras de derechos ( y el derecho del ciudadano a una respuesta positiva es el eje de la Ley 4/1999), lo que obliga a elegir la interpretación más favorable al ciudadano.*

*Hemos de enfatizar que la filosofía y espíritu de la Ley 4/1999, de forma machacona radica en establecer el principio general de silencio positivo (Preámbulo y art.43 ). Por tanto el contexto interpretativo de una norma reglamentaria y de la propia Disposición Transitoria y Adicional de la Ley, ha de ser el inspirado en el criterio pro cives, esto es, a favor del silencio estimatorio o de mayor garantía ciudadana, especialmente si tenemos presente que la reserva del silencio negativo a Ley formal favorece la seguridad jurídica ( art.9.3 CE ), puesto que la Ley 4/1999 reacciona frente a la dispersión y generalización de reglamentos que provocó la Ley 30/1992 en su redacción original.*

*La previsión del art.2 del viejo Real Decreto 1777/94, de 5 de agosto, de Adecuación de las normas Reguladoras de los Procedimientos de Gestión de Personal a la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, considera que "Las solicitudes formuladas en los siguientes procedimientos administrativos de gestión de personal se podrán entender desestimadas una vez transcurridos, sin que se hubiera dictado resolución expresa (...) k) Cualquier otro procedimiento, no incluido en el apartado 1 del art. 3 de este Real Decreto , cuya resolución implique efectos económicos actuales o pueda producirlos en cualquier otro momento".*

*Esta previsión genérica, en una suerte de silencio negativo universal ("que produzca efectos económicos actuales o pueda producirlos en cualquier momento") no se ajusta a las exigencias de taxatividad e individualización que inspiran la figura del silencio negativo en la Ley 4/1999, que precisamente da respuesta a la balcanización y universalización práctica del silencio por vía reglamentaria que provocó la redacción inicial de la Ley 30/1992.*

**B) INTERPRETACIÓN LITERAL DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL.**

*Basta percatarse de los términos imperativos de dicha Disposición Adicional ("adaptará") y del carácter preclusivo del plazo ("dos años") para comprender que si no se cumple el mandato en su doble vertiente material y temporal, se agota la excepcional potestad de "reglamentar" el sentido del silencio.*

*Así, cuando la Disposición Transitoria Primera matiza que " Asimismo, y hasta que se lleven a efecto las previsiones del apartado 2 de la disposición adicional primera, conservará validez el sentido del silencio administrativo establecido en las citadas normas, si bien que su forma de producción y efectos serán los previstos en la presente Ley", nos encontramos que tales previsiones ( reglamentarlo, y hacerlo en plazo) no solo se han incumplido sino que ya resultaría imposible cumplirlo, con lo que ningún sentido tiene sostener la tesis de esperar ese eventual cumplimiento futuro ( no solo porque ya han pasado más de doce años, sino porque el*



incumplimiento "tardío" sería lisa y llanamente incumplimiento legal al conculcar con exceso el plazo máximo imperativo de dos años).

Entender que en el año 2012 está plenamente vigente un Decreto de 1994 en tanto no transcurra un plazo de dos años ya agotado desde la vigencia de la Ley 4/1999, o en tanto se produzca la futura adaptación por el Gobierno de los procedimientos, supone no solo una interpretación irracional sino irrazonable, máxime cuando vacía un criterio legal firme con la sola técnica de dejar en manos de la Administración decidir cuando quiere desarrollarlo, lo que pugna con la tajante e imperativa fijación del plazo máximo de dos años.

Resulta paradójico que si el Gobierno hubiese hecho uso de la Disposición Adicional Segunda para acomodar reglamentariamente los procedimientos, tal reglamento estaría sometido a las exigencias procedimentales y dictámenes propios de un reglamento ejecutivo y particularmente de las previstas en el art.24 de la Ley 50/1997, de 27 de Noviembre, del Gobierno, mientras que para burlar tales garantías formales y materiales le bastaría con postular una interpretación de la habilitación legal liberada de límites y conseguir prorrogar indefinidamente la vigencia de un Decreto muy anterior.

#### C) INTERPRETACIÓN LÓGICA Y EFECTO ÚTIL DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL.

La letra de la Disposición Adicional Segunda no incluye presunción alguna del sentido de la pasividad gubernamental. De hecho si la Disposición Adicional Segunda impone que "el Gobierno adaptará en el plazo de dos años las normas reguladoras de los procedimientos al sentido del silencio administrativo establecido en la presente Ley" no puede admitirse que una "adaptación por inactividad" comporte justamente el efecto contrario a la Disposición Adicional, esto es, que en vez de "adaptarse los procedimientos" se mantienen indefinidamente "inadaptados".

Tal y como ha subrayado el propio Tribunal Constitucional en la STC 227/1991 "a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza". Y si el Gobierno no ha hecho uso de la posibilidad legal de tal adaptación de procedimientos, no puede cuando se trata de analizar la relación jurídica administrativa entre Administración (no responde) y particular (solicita en vano) obtener con el incumplimiento de su obligación un beneficio que perjudica a quien de buena fe ha hecho todo lo jurídicamente posible para obtener una respuesta. No está de más recordar que el Tribunal Constitucional, *mutatis mutandi*, ha entendido que la Administración que no da respuesta expresa a una solicitud no puede invocar la preclusión de plazos para recurrir frente a tal desestimación presunta (temprana STC 5/1986 y sucesivas en misma línea).

#### D) LA DEMORA EXCESIVA O RENUNCIA A HACER USO DE LA DISPOSICION ADICIONAL MEDIANTE REGLAMENTO RESULTA ABUSIVA E IRRAZONABLE

La Disposición Adicional en cuestión supone aplicar la técnica de la degradación temporal de rango, ya que la Ley deposita en el legislador la responsabilidad exclusiva de fijar mediante "ley formal" (como alternativa a la norma comunitaria) el silencio negativo, pero como excepción establece esta especie de delegación en el Ejecutivo para que en dos años adapte los procedimientos.

Así, si cuando se aplica la técnica de la delegación legislativa (art.86 CE) el incumplimiento del plazo determina la "caducidad" de tal posibilidad reguladora, con igual razón cuando se aplica la técnica de la "deslegalización temporal" el incumplimiento del plazo determinará la "caducidad" de tal posibilidad reguladora, y con ello la extinción de la vigencia de los reglamentos que no se ajustan a la reserva de Ley en esta materia.

Un reglamento que se dictase ahora o con posterioridad por el Ejecutivo al amparo de la remota Disposición Adicional Segunda estaría muy posiblemente viciado de ilegalidad. Veamos un ejemplo que nos brinda esa misma regulación sectorial. La Ley 30/1992 en su versión originaria incluía una Disposición Adicional 3ª cuya redacción era "Reglamentariamente, en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se llevará a efecto la adecuación a la misma de las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos, cualquiera que sea su rango...". Pues bien, dado que tan ingente labor no pudo ser realizada por el Ejecutivo en tan breve plazo, no se optó por una regulación extemporánea sino por ampliar mediante un Decreto-Ley el plazo a 18 meses. O sea, el Ejecutivo en vez de dictar un reglamento tras superar el plazo, ha optado por hacer uso de una disposición con fuerza de ley (Decreto Ley) para ampliar el plazo.

Resulta crucial determinar la naturaleza del plazo de dos años fijado por la Disposición Adicional Segunda. Así, en principio la regla general en nuestro Ordenamiento Jurídico-administrativo es la anulabilidad (art.63.2 Ley 30/1992: "La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas solo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo) si bien tal criterio legal se predica de los actos administrativos pero no de los reglamentos donde la regla universal es la nulidad de pleno derecho. Así y todo, puesto que el reglamento se ampara en la Ley serán los términos de esta habilitación lo que permita situarnos ante el plazo como elemento orientativo o como elemento imperativo esencial.



*Así pues, si bien admitimos que la potestad reglamentaria goza de amplia discrecionalidad política en cuanto al momento de su ejercicio en el caso que nos ocupa nos encontramos:*

*A. El plazo es imperativo. En efecto, si no importase exceder el plazo máximo de dos años, resultaría superflua tal previsión legal. El legislador bien podía habilitar al Ejecutivo para reglamentar la cuestión sin plazo alguno.*

*B. El plazo es esencial en el caso analizado puesto que compromete los principios de la propia Ley y ya que se ha superado de forma amplia y abusiva.*

*En efecto, cuando se examina el incumplimiento de plazos para que el Ejecutivo apruebe reglamentos, aquéllos serán esenciales en la medida que su incumplimiento comprometa el contenido de la propia Ley, de manera que solamente si existe una demora exagerada, abusiva o irrazonable, quedaría sin efecto la habilitación reglamentaria. A este respecto, cabe citar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Julio de 1991 ( referida al R.D.20/1988 , de 15 de Enero sobre prestación social sustitutoria) que analiza la aprobación del reglamento 34 meses después de la vigencia de la Disposición Final de la Ley 48/1984, de 26 de Diciembre que lo limitaba a tres meses. La Sentencia afirma: " No debe caber duda de que éste era un plazo urgente, apremiante, perentorio, y así se expresa gramaticalmente al emplear el verbo "elaborar" en forma imperativa. De no ser así podría haber empleado una fórmula tan usual como " a la mayor brevedad posible" u otra similar. La voluntad del legislador es pues una voluntad de urgencia", y tras analizar las explicaciones justificativas del abogado del Estado considera razonable la demora. Pues bien, volviendo al análisis de la habilitación reglamentaria de la manida Disposición Adicional, ese test de razonabilidad no se soporta ante la exasperante demora ( más bien renuncia a reglamentar) del Ejecutivo en cuanto a hacer uso de la misma: han pasado doce años, y ya dos leyes se han ocupado de los procedimientos que merecen silencio negativo ( Ley 14/2000 y Ley 24/2001).*

#### **E) CRITERIO LATENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO.**

*Por otra parte, si bien existen sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo muy razonadas sobre ambas tesis, lo cierto es que nos inclinamos por acoger lo que se deriva de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2.000 (rec.2303/1999 ) dictada en interés de ley, ya que aunque el caso resuelto se refiera estrictamente a solicitudes anteriores a la entrada en vigor de la Ley 4/1999, ello no impide interpretar los explícitos términos argumentales de la propia Sentencia, y que conduce derechamente a establecer que el controvertido reglamento de 1994 agota su aplicación transitoria en relación a solicitudes que hubieren sido presentadas con anterioridad a las previsiones de la Ley 4/1999.*

*Con ello, el silencio negativo en este ámbito se reduciría a los procedimientos a instancia de parte relacionados en la Ley 14/2000 que relaciona los procedimientos con silencio negativo, entre los que no se encuentra el relativo a reclamaciones retributivas.*

*Esta postura guarda armonía con el inequívoco dictado o regla general de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 4/1999 cuando precisa que la normativa anterior será aplicable " A los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley " .*

#### **F) CRITERIO EXPRESO DEL PROPIO LEGISLADOR**

*Hemos dejado para el final el desarrollo del criterio más contundente. En efecto, el legislador finalmente ha hecho uso de la potestad de fijar el silencio negativo en determinados procedimientos. O sea, la adaptación señalada en el apartado 2 de la Disposición Transitoria sí se ha llevado a cabo finalmente, pero por Ley formal.*

*Lo relevante es que esta Ley 14/2000 de forma clara indica y agota el mandato de la Disposición Adicional en los siguientes términos: "2. En cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición adicional primera de la Ley 4/1999 , de modificación de la Ley 30/1992, los procedimientos que se relacionan en el anexo 2 a esta disposición se entenderán incluidos en la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 43 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ."*

*Por tanto, difícilmente se sostiene que todavía le queda al Ejecutivo la posibilidad futura de "reglamentar" el silencio negativo y menos aún que subsiste la vigencia del Decreto del año 1994.*

*En definitiva, en la materia que nos ocupa, referida a los actos de contenido económico en materia de funcionarios o personal estatutario, el silencio negativo quedaría relegado a los procedimientos que deben iniciarse de oficio ( por ejemplo, la reclamación de determinados niveles de complemento de destino o la atribución de un concreto complemento específico, los cuales han de ser establecidos por la Relación de Puestos de Trabajo, instrumento de ordenación que participa de naturaleza reglamentaria y cuya elaboración e impulso corresponde a un típico procedimiento de oficio), así como a los procedimientos que han sido objeto de específica adaptación por la Disposición Adicional Vigésima Novena de Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social a la que ha dado nueva redacción el artículo 69.3 de*





*Ley 24/2001 de 27 diciembre 2001 (tampoco aprovechada esta última para introducir expresamente el silencio negativo en los desorbitados términos del Decreto 1777/94).*

*Por tanto, el propio legislador ha agotado la voluntad de atribuir el silencio negativo a los procedimientos allí relacionados (p.ej. adscripción de puestos), sin que pueda presumirse una voluntad por omisión a otros silenciados, de igual modo que tampoco puede presumirse la reviviscencia de un reglamento cuando el legislador podía mencionar expresamente su voluntad y ha optado por callarse.*

*En suma, resulta un exceso presumir que el Gobierno cuando no hace uso en plazo de su potestad reglamentaria exorbitante durante más de doce años (pese al límite de dos) para atribuir el silencio negativo realmente quiere ese efecto para todas las reclamaciones económicas de los empleados públicos. Mucho más desorbitado resulta presumir que el Legislador cuando no incluye las reclamaciones económicas funcionariales dentro del Anexo de la Ley 14/2000 referida específica y tasadamente los procedimientos con silencio negativo, realmente quiere el efecto contrario. Y no digamos ya cuando tampoco el legislador por Ley 24/2001 aprovecha la modificación de dicho régimen del silencio para tal efecto ampliando el Anexo. En el ámbito normativo, tres negaciones no pueden conducir a una afirmación. Mas que presumir voluntades por la inactividad del Ejecutivo o del Legislador se ajusta más al principio de seguridad jurídica ( art.9.1 CE ) el presumir que cuando nada se excepciona es que se quiere la regla general, esto es, el silencio positivo que tras la Ley 4/1999 es un auténtico instituto de garantía en nuestro Ordenamiento Jurídico.*

*Por tanto, no hallamos fundamento interpretativo para sostener la vigencia del viejo Decreto 1777/94, ya que no estando vigente para su aplicación directa a la Administración del Estado, tampoco puede operar a título supletorio en el ámbito gallego. Ello en armonía con lo reiteradamente ha sentado esta Sala (por todas, la Sentencia de 1 de Diciembre de 2010,rec.252/2010)".*

De cara a excluir el efecto positivo del silencio tampoco cabe aplicar al caso presente el anexo 2 de la disposición adicional 29ª de la Ley 14/2000 cuando se refiere a que resulta de aplicación el efecto negativo del silencio a los procedimientos de resolución de solicitudes sobre adscripción de puestos de trabajo y otros procedimientos regulados en el Real Decreto 469/1987, de 3 de abril, cuya resolución implique efectos económicos, pues en esa dicción no es subsumible el procedimiento de la resolución de 28 de enero de 2004 y tampoco cabe el caso presente en el ámbito de aplicación de aquel **RD**, pues está expresamente regulado en los artículos 20.1.h de la Ley 30/1984 y 66 bis del **RD** 364/1995.

A la misma conclusión hemos llegado en la sentencia de esta sala y Sección 230/2017, de 5 de mayo , dictada en el procedimiento ordinario 292/2016.

En principio, el acogimiento de la pretensión por silencio positivo tendría que ser en los mismos términos que se recoge en la solicitud, y, por tanto, el traslado debiera ser a una plaza de la categoría profesional en la Residencia General Barroso de Santiago de Compostela.

Sin embargo, el tenor de los artículos 20.1.h de la Ley 30/1984 y 66 bis del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado, que exigen la existencia de un puesto vacante dotado presupuestariamente, y el hecho de que en el suplico de la demanda del recurrente haya solicitado, para el supuesto de que no hubiera vacantes en dicha Residencia, que se le conceda el traslado a cualquier otra unidad en Santiago de Compostela en donde hubiera vacantes, y subsidiariamente, y para el supuesto de que no hubiera vacantes en ninguna unidad de Santiago de Compostela, se le conceda el traslado a cualquier otra localidad lo más cercana posible a Santiago de Compostela, conduce a la procedencia de la estimación del recurso en estos términos, que asegurarán la búsqueda y hallazgo de una plaza en las cercanías de Santiago de Compostela.

#### **QUINTO : Costas procesales.-**

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , han de imponerse las costas a la Administración demandada, al haber visto rechazadas todas sus pretensiones, y no apreciarse en el caso serias dudas de hecho o de derecho; de conformidad con el artículo 139.4 LJ se fija en 1.500 euros la cantidad máxima en concepto de defensa de la recurrente, en función del trabajo y esfuerzo desplegado para exponer los motivos en que se ha fundado el recurso.

#### **FALLAMOS**

que **estimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por Jose Miguel contra la resolución de 26 de marzo de 2018 del Director General de Personal del Ministerio de Defensa, por delegación del



Subsecretario del mismo Departamento, por la que se desestima su solicitud de traslado por motivos de salud de Ferrol a Santiago de Compostela, y, en consecuencia, **anulamos** dicha resolución y **declaramos el derecho** del recurrente a que se proceda a su **traslado por razones de salud** a la Residencia General Barroso sita en Santiago de Compostela, subsidiariamente, para el supuesto de que no hubiera vacantes en dicha Residencia, que se le conceda el traslado a cualquier otra unidad en Santiago de Compostela en donde hubiera vacantes, y subsidiariamente, y para el supuesto de que no hubiera vacantes en ninguna unidad de Santiago de Compostela, se le conceda el traslado a cualquier otra localidad lo más cercana posible a Santiago de Compostela, imponiendo a la Administración demandada las costas, fijando en 1.500 euros la cantidad máxima en concepto de defensa del recurrente.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se de cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-00-0207-18), el depósito al que refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.