



Roj: **STSJ GAL 2267/2016 - ECLI: ES:TSJGAL:2016:2267**

Id Cendoj: **15030330012016100205**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **13/04/2016**

Nº de Recurso: **16/2016**

Nº de Resolución: **226/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **FERNANDO SEOANE PESQUEIRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

A CORUÑA

SENTENCIA: 00226/2016

PONENTE: D. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA

RECURSO: RECURSO DE APELACION 16/2016

APELANTE: Nazario

APELADA: CONCELLO DE RIBEIRA

EN NOMBRE DEL REY

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

Ilmos./as. Sres./as. D./D^a

FERNANDO SEOANE PESQUEIRA.- Pte.

JULIO CÉSAR DIAZ CASALES

JUAN JOSE REIGOSA GONZALEZ

A CORUÑA , a trece de abril de dos mil dieciséis .

En el RECURSO DE APELACION **16/2016** pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por D. Nazario , representada por la Procuradora D^{ÑA}. MARIA JOSE BARREIRA FERNANDEZ, dirigida por el letrado D. MIGUEL AQUILINO FERNANDEZ SAAVEDRA, contra la SENTENCIA de fecha 20 de octubre de 2015 dictada en el procedimiento abreviado 397/2015 por el JDO. DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Núm. 2 de los de SANTIAGO DE COMPOSTELA sobre personal. Es parte apelada el CONCELLO DE RIBEIRA, representada por la Procuradora D^{ÑA}. MARIA RITA GOIMIL MARTINEZ y dirigida por el Letrado D. MANUEL RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Se desestima el recurso contencioso-administrativo nº 397/2015, interpuesto por D. Nazario , contra la desestimación por silencio y posterior resolución del Alcalde del Concello de Ribeira, de 14 de julio de 2015, por la que se desestima la solicitud presentada por el recurrente, tanto en lo que se refiere a la solicitud de permuta de destinos como en lo referido a la solicitud de adscripción a un puesto de trabajo de policía



local en distinta localidad de Ribeira por motivos de salud. Las costas se imponen a la parte actora, con una limitación de 300 euros".

SEGUNDO .- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, salvo en lo que resulte contradicho por los que a continuación se exponen, y

PRIMERO .- Don Nazario , funcionario de carrera del Concello de Ribeira con categoría de policía local, impugnó la desestimación, inicialmente presunta y posteriormente expresa, por resolución del Alcalde de 14 de julio de 2015, de la solicitud formulada ante dicho Concello, con fecha 2 de diciembre de 2014, de permuta de destino y movilidad por motivos de salud, con adscripción a un puesto de trabajo de policía local en distinta localidad de Ribeira.

En vía contenciosa desistió el actor de su pretensión de permuta de destino, e insistió en la petición de movilidad por motivos de salud. En cuanto a esta última, en vía administrativa había postulado ser adscrito a un puesto de trabajo como policía local en distinta localidad de Ribeira, y sin embargo en vía contenciosa, tras la anterior petición, con carácter subsidiario se introdujo una nueva, consistente en que se declare su derecho a que se le adscriba a un puesto de trabajo compatible con su estado de salud, aunque no sea fuera de la localidad de Ribeira.

Se fundaban sus pretensiones en que había sido diagnosticado que padecía trastorno adaptativo mixto (ansiedad y depresión), que provoca una situación de rechazo y desestructuración hacia su entorno laboral y social, tras haber denunciado a un compañero suyo de trabajo imputándole la sustracción de unas fotos de contenido íntimo.

El Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Santiago de Compostela desestimó dicho recurso contencioso- administrativo.

Frente a dicha sentencia interpone recurso de apelación el demandante.

SEGUNDO .- En primer lugar, insiste el apelante en esta alzada en que debe considerarse que ha operado el silencio positivo, al amparo del artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , porque dedujo su solicitud el 2 de diciembre de 2014 y no obtuvo respuesta en el plazo de tres meses (art. 42.3.b Ley 30/1992).

El juzgador "a quo" argumenta, con invocación de la sentencia de 28 de febrero de 2007 de la Sala de lo contencioso- administrativo del Tribunal Supremo , que no cualquier petición que los interesados dirijan a la Administración es susceptible de producir el silencio positivo sino, exclusivamente, aquellas que tengan entidad suficiente para determinar la iniciación de un procedimiento administrativo expresamente formalizado y regulado como tal en la norma, lo que no sucede en el presente caso, en el que la petición no puede vincular al Concello de Ribeira, quien, dentro de su potestad autoorganizativa, no puede acceder a la adscripción del recurrente a un puesto de trabajo de policía local en distinta localidad a Ribeira.

El apelante se muestra disconforme con dicha argumentación, porque existe un procedimiento expresamente formalizado para regular la figura de la movilidad por motivos de salud en el artículo 29.7 del Decreto legislativo 1/2008, de 13 de marzo , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia ("*La Administración de la Xunta de Galicia podrá adscribir a las personas funcionarias a puestos de trabajo en distinta unidad o localidad, previa solicitud basada en motivos de salud o rehabilitación de la funcionaria o funcionario, de su cónyuge o de la persona unida por análoga relación de afectividad, de las hijas e hijos a su cargo o de las personas ascendientes en el primer grado de consanguinidad ...*"), vigente a la sazón, y posteriormente en la Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia, donde se recoge el derecho a la adscripción por motivos de salud.

Al margen de que esta última Ley 2/2015 no resulta aplicable por evidentes razones temporales, conviene dejar constancia de que, una vez producido el desistimiento de la petición principal de permuta de destino, no coincide lo que se solicitó en vía administrativa y lo que se postula en vía judicial, lo que entraña un inadmisibles cambio de pretensión.

En efecto, en vía administrativa se solicitaba la adscripción a un puesto de trabajo como policía local en distinta localidad a Ribeira, al amparo del artículo 29.5 del DL 1/2008 , relativo a la movilidad por motivos de salud.



Sin embargo, tal como se desprende del suplico de la demanda, en esta vía jurisdiccional, subsidiariamente se solicita que se declare el derecho del demandante a que se adscriba a un puesto de trabajo compatible con su estado de salud, sin mención a que haya de ser en distinta localidad a Ribeira, lo que altera la pretensión planteada en vía administrativa, e impide que esta última se tenga por promovida, pues se trata de una clara desviación procesal (STS de 7 de febrero de 2002, recurso de casación 453/1999 , y 4 de noviembre de 2003, recurso de casación 3142/2000).

Esa desviación procesal ya entraña un primer obstáculo para que pueda operar el silencio positivo en el sentido en que se postula en la demanda, pues la operatividad del silencio sólo puede ser respecto a una pretensión idéntica a la deducida en vía administrativa.

Pero es que, además, en el anexo II de la Ley 6/2001, de 29 de junio, de adecuación de la normativa de la Comunidad Autónoma de Galicia a la Ley 4/1999, de 13 de enero, se concede sentido negativo al silencio en los procedimientos de concursos de traslados de personal funcionario o personal laboral, y, una vez excluida la pretensión respecto a la adscripción a un puesto en la misma localidad a Ribeira, realmente se trata de un traslado.

Junto a la anterior argumentación, el repaso de la reciente jurisprudencia sobre los supuestos en que se excepciona la operatividad del silencio positivo, respalda la conclusión de que en el caso presente no cabe apreciarlo.

Así, se excluye al silencio positivo:

1º En caso de cualquier "petición" que no tenga encaje en un procedimiento predeterminado o reglado, para evitar que el silencio positivo sirva de coartada para peticiones descabelladas.

Lo resume la sentencia del TS de 14 de Octubre de 2013 (rec .2007/2012):

"Sobre el tema de qué debe de entenderse por "procedimientos iniciados a solicitud del interesado" a los efectos de la regulación del silencio positivo contenida en el artículo 43 de la Ley 30/92 , nos hemos pronunciado en una sentencia del Pleno de esta Sala de 28 de febrero de 2010 (RC 302/2004).

Resolviendo sobre un caso de petición de abono de intereses con respecto a las obras realizadas por un contratista inicialmente no previstas en el contrato y que resultaron necesarias y por eso obligadas, negamos su autonomía a los efectos indicados y que por lo tanto aquella generase el silencio positivo a que se refiere el mencionado art. 43, razonando que: "(...) esa petición, cual además alega el Abogado del Estado, no genera el silencio positivo , a que se refiere el artículo 43 de la Ley 30/92 , pues esa petición no inicia procedimiento a solicitud del interesado cual el precepto exige, ya que es una petición inserta en un procedimiento iniciado antes de oficio por la Administración, y que está sujeto por tanto a sus propias normas(..). Sin olvidar además, que esa petición de abono de intereses, no se puede aislar del procedimiento en el que se inserta, pues es en ese procedimiento ya iniciado de oficio, en el que se reconocen y aparecen los datos a partir de los que se han de concretar los intereses, de forma tal que, sin valorar y conocer esos antecedentes que obran en el expediente iniciado de oficio por la Administración, no se puede saber si el interesado tenía o no derecho a intereses, ni menos el concretar, cuales eran éstos, ni desde que fecha se habían de computar, en su caso.(...)

Claramente se ve que en la mente del legislador estaba el aplicar el régimen de silencio positivo no a cualquier pretensión, por descabellada que fuera, sino a una petición que tuviera entidad suficiente para ser considerada integrante de un determinado procedimiento administrativo. (...) Para el legislador de 1999, como también para el de 1992, sólo cabe aplicar la ficción del silencio que establece la LPAC para los procedimientos regulados como tales por una norma jurídica. A diferencia de la LPA que aplicaba el silencio negativo a las peticiones, cualesquiera que estas fueren.

La LPAC establece como regla el silencio positivo , pero parte de que esa ficción legal se aplica a procedimientos predeterminados, como resulta de lo más atrás expuesto y también del art. 42.2 que, cuando habla de la obligación de resolver, advierte que ha de resolverse en el plazo "fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento", ha de haber un procedimiento derivado específicamente de una norma fija, y del 42.5, que manda a las Administraciones Publicas que publiquen y mantengan actualizadas, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo.

El silencio regulado en los artículo 43 y 44 sólo opera en el marco de alguno de los procedimientos reconocidos como tales en el ordenamiento jurídico, estén o no estén recogidos como tales en las normas reglamentarias de delimitación de procedimiento".

Esta tesis, extensamente expuesta en la citada sentencia del Pleno, la hemos acogido y concretado en otras varias sentencias referidas a solicitudes de retasaciones en procedimientos expropiatorios, como ha acontecido



en las de 26 de febrero y de 30 de abril de 2013 , dictadas, respectivamente, en los recursos de casación 5286 y 5635 de 2013 " .

2º En relación a la solicitud sin respuesta de impartición de determinada asignatura en Educación Secundaria, en cuyo supuesto se opone la potestad de organización, como se recoge en la reciente sentencia del TS de 25 de Junio de 2014 (rec. 3111/2012), en la que se expone:

" Y en cuanto al segundo motivo, porque en el mismo, con invocación de haberse infringido por la sentencia el artículo 43 de la Ley 30/1992 , se pretende obtener de la inactividad de la Administración ante lo pedido un efecto de silencio positivo que resulta improcedente, a la vista de que la petición formulada afecta con carácter general a la potestad de organización de un servicio público y por eso exceptuada de aquel efecto, en aplicación del principio recogido en el apartado segundo del mencionado art. 43 . "

El hallazgo de esta sentencia radica en esgrimir el genérico y todopoderoso comodín de la "potestad de autoorganización" como palanca para vaciar el impacto del silencio positivo (y que formalmente no figura en los supuestos tasados de la Ley 30/1992 que sí aluden a no transferir a particulares "facultades al dominio o al servicio público" (art.43.2 Ley 30/1992).

3º Un tercer supuesto lo ofrece la Sentencia del TS del 7 de octubre de 2014 (rec.3887/2012), que cierra el paso al silencio positivo si media un "requisito imprescindible", y afirma:

"Sostiene la recurrente que la sentencia impugnada yerra al considerar que CEADE no había obtenido la preceptiva autorización mediante silencio positivo , pues la disposición adicional 29ª de la Ley 14/2000 excluye del silencio positivo los procedimientos "relativos a la expedición, renovación, revalidación, homologación, convalidación y reconocimiento de títulos"; lo que no incluye los procedimientos de autorización de centros radicados en España que imparten estudios extranjeros.

Este argumento de la recurrente no puede ser acogido. Aun siendo cierto que la mencionada disposición adicional 29ª de la Ley 14/2000 no hace referencia expresa al procedimiento conducente a obtener la autorización aquí debatida, es muy claro que la razón de ser principal -si no única- de dicha autorización estriba en ser, con arreglo a la nueva regulación introducida por los arts. 86 de la Ley Orgánica 6/2001 y el art. 5 del Real Decreto 285/2004 , un requisito imprescindible para que los títulos expedidos por esa clase de centros sean homologables en España. Y en estas circunstancias, no cabe razonablemente afirmar que la solicitud de la preceptiva autorización exigida por los arts. 86 de la Ley Orgánica 6/2001 y el art. 5 del Real Decreto 285/2004 sea ajena a los procedimientos que la disposición adicional 29ª de la Ley 14/2000 excluye del silencio positivo . Las razones dadas a este respecto por la sentencia impugnada son, así, correctas; lo que conduce a la desestimación del motivo primero de este recurso de casación."

4º El caso que se contiene en la sentencia del TS de 28 de Octubre de 2014 (rec. 4766/2011). Aunque la solicitud pretendía que se retirasen determinados productos de competidores químicos y farmacéuticos, el razonamiento de la sentencia va mas allá del caso, al alzar la existencia de terceros (su derecho de audiencia) como escollo para que prospere el silencio positivo:

" Y esta supresión de la situación jurídica favorable de terceros se produciría, de acogerse la tesis de la recurrente sobre el silencio administrativo positivo, sin que las personas afectadas hubieran sido oídas dándoles la oportunidad de defender sus intereses. La audiencia del interesado, máxime cuando puede verse privado de un derecho o interés, es un principio general del procedimiento administrativo con anclaje en el art. 105 CE , que no puede ser soslayado. Ello significa que, a la hora de determinar el alcance del silencio administrativo positivo, no puede pasarse por alto si las personas eventualmente afectadas han tenido ocasión de hacerse oír. "

El caso de autos podría incardinarse en la segunda excepción, ya que afectaría a la potestad de autoorganización de la Administración, en cuanto que la adscripción a un puesto en distinta localidad a Ribeira excede de aquella potestad que corresponde al Concello de Ribeira.

TERCERO .- En segundo lugar, el apelante alega la aplicación de la figura de la movilidad por motivos de salud a la Administración Local, como un auténtico derecho de los empleados públicos, invocando el artículo 29.7 del DL 1/2008 y también el artículo 98 de la Ley 2/2015, de 29 de abril , de empleo público de Galicia.

Ha de insistirse en que esta última norma no es aplicable, pues entró en vigor después de la solicitud deducida el 2 de diciembre de 2014.

El artículo 3º.2 del DL 1/2008 dispone que *" En lo que no está reservado a la legislación del Estado, se aplicará esta ley al personal de la Administración local "*, lo que permitiría su extensión a un funcionario de dicha Administración, como es el recurrente.

Dentro de dicha norma, el artículo 29.7 establece:



" La Administración de la Xunta de Galicia podrá adscribir a las personas funcionarias a puestos de trabajo en distinta unidad o localidad, previa solicitud basada en motivos de salud o rehabilitación de la funcionaria o funcionario, de su cónyuge o de la persona unida por análoga relación de afectividad, de las hijas e hijos a su cargo o de las personas ascendientes en el primer grado de consanguinidad, cuando concurren los siguientes requisitos:

- a) Informe previo favorable del servicio médico oficial legalmente establecido.
- b) Existencia de puestos vacantes con asignación presupuestaria.
- c) Que el nivel de complemento de destino y específico del puesto de destino no sea superior al del puesto de origen.
- d) Que la persona funcionaria reúna los requisitos para su desempeño.
- e) En el caso de las personas ascendientes, que la funcionaria o funcionario conviva con ellas.

Esta adscripción tendrá, sin perjuicio de la aplicación de la normativa sobre riesgos laborales, carácter provisional, y el puesto de trabajo de origen de la persona funcionaria, siempre que lo ocupase con carácter definitivo, se le reservará mientras se mantenga la causa que motiva la adscripción. Con la periodicidad que reglamentariamente se determine y, en todo caso, cada año, se deberá comprobar que persisten las circunstancias que dieron lugar a la adscripción. La negativa a la adscripción por causa de salud será siempre motivada."

Resulta evidente que el Concello de Ribeira carece de puestos vacantes con asignación presupuestaria fuera de dicha localidad, por lo que no es posible la aplicación de dicho precepto en este caso.

CUARTO .- En tercer lugar, se queja el apelante de que si se exige que la adscripción ha de ser a puestos de trabajo en el mismo Concello de Ribeira se elimina cualquier posibilidad de movilidad interadministrativa.

Sin embargo, tal posibilidad en la actualidad no queda eliminada, pues el artículo 208 de la Ley 2/2015 prevé la posibilidad de provisión de puestos de trabajo en la Administración general de la Comunidad Autónoma de personal procedente de la Administración local, siendo competente la Xunta de Galicia, ante quien ha de ser planteado.

Y también el artículo 209 de la propia Ley dispone que " De acuerdo con el principio de colaboración interadministrativa, el personal funcionario propio de una entidad local podrá realizar funciones y tareas en el ámbito territorial de otra entidad local ", para lo cual las entidades interesadas deberán formalizar el oportuno convenio. Desde el momento en que no consta ningún convenio formalizado, tampoco por esta vía podría prosperar la reclamación.

Por último, muestra el apelante su disconformidad con el argumento de la sentencia apelada de que la invocación del artículo 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, constituye una cuestión nueva, en cuanto no planteada en vía administrativa.

Es cierto que tal alegación constituye meramente un nuevo motivo en sustento de su pretensión, en cuyo sentido cabe dentro de los mencionados en el artículo 56.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, pero tampoco ello puede dar lugar a que prospere el recurso.

El apartado 1 del artículo 25 de la Ley 31/1995 establece:

" El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.

Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo "

Para articular ese derecho de protección a la salud ha de acudir a un procedimiento de movilidad previsto normativamente, y ya hemos visto que los invocados por el actor no son aptos para la adscripción que pretende, sobre todo fuera del Concello de Ribeira, para lo que precisaría la suscripción del previo convenio de colaboración interadministrativa o la solicitud ante la Xunta de Galicia del modo anteriormente mencionado.



Por todo lo cual procede la desestimación del recurso de apelación.

QUINTO .- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa, han de imponerse al apelante las costas de esta segunda instancia, al desestimarse totalmente el recurso; de conformidad con el art. 139.3 LJ, se fija el límite de 1.000 euros en concepto de defensa de la apelada, en función del trabajo y esfuerzo desplegado para oponerse a los motivos de impugnación esgrimidos.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

que con desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de Santiago de Compostela de 20 de octubre de 2015, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la misma, imponiendo al apelante las costas de esta alzada, fijando el límite de 1.000 euros en concepto de defensa de la apelada.

Notifíquese a las partes, y entréguese copia al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que la misma es firme, y que contra ella las personas y entidades a que se refiere el art. 100 de la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, podrán interponer el recurso de casación en interés de Ley del artículo citado, dentro del plazo de los tres meses siguientes a su notificación. Asimismo, podrán interponer contra ella cualquier otro recurso que estimen adecuado a la defensa de sus intereses. Para admitir a trámite el recurso, al interponerse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0016-16), el depósito al que se 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.

PUBLICACION.- La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA al estar celebrando audiencia pública la Sección 001 de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe. A CORUÑA, a trece de abril de dos mil dieciséis.