|  |  |
| --- | --- |
| Sede | Coruña (A) |
| Sección | 1 |
| Nº de Recurso | 163/2010 |
| Nº de Resolución | 1190/2010 |

**Pte:** Fernando Seoane Pesqueira.

|  |
| --- |
| **VOCES:**   * x SILENCIO POSITIVO x * x RETRIBUCIÓN (FUNCIONARIOS) x |

**EN NOMBRE DEL ℜEY**

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la

**SENTENCIA**

**ILMOS./AS. SRES./AS. D./Dª**

* Fernando Seoane Pesqueira.
* Dolores Rivera Frade.
* María Dolores Galindo Gil.

*A CORUÑA, veintisiete de Octubre de dos mil diez.*

En el RECURSO DE APELACION 163/2010 pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por el SERVICIO GALEGO DE SAUDE, representado por el LETRADO DEL SERGAS, contra SENTENCIA de fecha dieciocho de Enero de dos mil diez dictada en el procedimiento PA 312/2009 por el JDO. DE LO CONTENCIOSO Núm.3 de A CORUÑA sobre DIFERENCIAS RETRIBUTIVAS-EXCESO[[1]](#footnote-1) DE JORNADA. Es parte apelada doña Dolores, dirigida por la letrada doña MARIA JORDANA FERNANDEZ ROQUE.

Es ponente la Ilma. Sra. Dª DOLORES RIVERA FRADE.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Dolores, contra la inactividad de la Administración por inejecución de acto firme por parte del SERGAS, en relación a la solicitud formulada por el recurrente por escrito de 11/12/2008, debo condenar y condeno a la Administración demandada a que cumpla la obligación adquirida en virtud de acto presunto, ende abonarle a la demandante una indemnización de 20.036 euros, por los excesos de jornada realizados durante los años 2005 a 2008, con los intereses devengados desde la reclamación inicial; sin efectuar expresa condena respecto de las costas procesales".

**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, y

**PRIMERO.-** Por el Letrado del Servizo Galego de Saúde se recurre en apelación la sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número Tres de A Coruña en los autos de procedimiento abreviado número 312/09, la cual estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Dolores contra la inejecución por parte del Servizo Galego de Saúde-Gerencia del Complejo Hospitalario Universitario de A Coruña, del acto administrativo producido por silencio administrativo positivo relativo a la reclamación de abono de indemnización por exceso de horas realizadas sobre la jornada máxima legal correspondiente a los años 2005, 2006, 2007 y 2008.

**SEGUNDO.-** Frente a los fundamentos de la sentencia apelada el Letrado de la Administración niega la aplicación de la técnica del silencio positivo, invocando a su favor la doctrina que se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 2007. De esta doctrina sustrae el Abogado de la Administración que como quiera que en este caso la solicitud presentada por la recurrente el día 11 de diciembre 2008 (y no 30 de diciembre, como se dice en el recurso de apelación) no constituye ningún procedimiento reglado, no estaríamos ante la tramitación de una reclamación o solicitud y, por tanto, al no ser procedimiento no cabe hablar de silencio positivo.

**TERCERO.-** Pues bien, trasladando las anteriores consideraciones al caso que nos ocupa, resulta que la falta de respuesta de la Administración en el plazo de tres meses previsto en el artículo 43 de la LRJAP, a la solicitud presentada por la recurrente el día 11 de diciembre de 2008 en vía administrativa (folios 1 y 2 del expediente administrativo), ha dado lugar al nacimiento de un acto presunto obtenido por silencio administrativo positivo.

**CUARTO.-** Como ya se ha pronunciado esta Sala y sección en sentencias como las dictadas en los rollos de apelación números 272/07, 496/07 o 261/09, "no existe base alguna para entender que la relación de procedimientos que expone en el anexo II (aquellos en los que el silencio administrativo produce efectos desestimatorios) contenga un sistema abierto, y no cerrado o exhaustivo. pues el artículo 2 de dicha Ley 6/2001 dispone que:

*"Sin perjuicio de la obligación de la administración de dictar resolución expresa, los interesados podrán entender desestimadas sus solicitudes por silencio administrativo en los procedimientos en que así se establece en el anexo de la presente ley si al vencimiento del plazo máximo establecido en cada caso no se ha notificado resolución expresa", y todavía recalca más el carácter exhaustivo de aquella relación la mención expresa del segundo párrafo de aquel artículo 2 cuando establece que "En los procedimientos de concesión de subvenciones o de cualquier otra ayuda pública que se inicien a solicitud del interesado, la misma se entenderá desestimada por silencio administrativo si al vencimiento del plazo establecido en cada caso no se ha dictado resolución expresa", pues con ello se revela la intención de agotar la mención y no dejar fuera ningún supuesto de excepción".*

**QUINTO.-** Por lo demás, no es de aplicación la doctrina que se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007, que cita el Letrado del Sergas en apoyo de sus pretensiones, pues en el caso estudiado por dicho Tribunal se rechazó la posibilidad de aplicar la técnica del silencio administrativo positivo a una reclamación presentada en sede de contratación administrativa, y en particular, de intereses de demora en el pago de la cantidad debida en concepto de principal en un contrato de ejecución de obra suscrito con la Administración demandada.

**SEXTO.-** Por todo lo expuesto, el recurso de apelación ha de ser desestimado, pues además, en respuesta a la alegación de que el silencio administrativo no puede operar "contra legem" y ocurre que, a juicio del Letrado de la Administración demandada, lo solicitado en la demanda y reconocido en la sentencia es contrario al ordenamiento jurídico, cabe recordar la doctrina que se recoge en la sentencia de esta Sala y sección número 967/2003, de fecha 12 de noviembre de 2003, que si bien fue dictada en materia de compatibilidad entre actividades públicas o con actividades privadas, el objeto de debate se planteó en los términos semejantes a los suscitados en este procedimiento, según la cual "La regla general del silencio positivo se recoge seguidamente cuando en el apartado 2 de aquel artículo 43 se establece que "los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario. Quedan exceptuados de esta previsión los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el art. 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, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio". En el caso de autos no existe ninguno de esos supuestos de excepción. Es claro que, pese a lo que se alega por el apelante, la concesión de la compatibilidad por silencio no entraña transferencia al solicitante de facultades relativas al dominio o al servicio público, y si se considera que el acto presunto dictado es nulo de pleno derecho por aplicación del artículo 62.1.f de la Ley 30/1992 la Administración debe acudir a la revisión de oficio prevista en el artículo 103.1 de la Ley 30/1992 pero ello no puede impedir que el acto presunto se produzca".

**SÉPTIMO.-** 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; aunque haciendo uso esta Sala de la potestad que le confiere el artículo 139.3 de la Ley Jurisdiccional, se fija como cifra máxima que se podrá pasar en concepto de costas la de 800,00 # teniendo en cuenta la entidad del recurso y su grado de dificultad.

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 3 de A Coruña en los autos de procedimiento abreviado número 312/09, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la misma, imponiendo al apelante las costas de esta alzada; aunque haciendo uso esta Sala de la potestad que le confiere el artículo 139.3 de la Ley Jurisdiccional, se fija como cifra máxima que se podrá pasar en concepto de costas la de 800,00 #.

Notifíquese a las partes y, en su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de 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 la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Dª DOLORES RIVERA FRADE 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, veintisiete de octubre de dos mil diez

1. Lo de costumbre… [↑](#footnote-ref-1)