



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1 VIGO

SENTENCIA: 00205/2020

Modelo: N11600
LALÍN, 4-5ª PLANTA (EDIFICIO ANEXO)
Teléfono: 986 81 74 40 **Fax:** 986 81 74 42
Correo electrónico:

Equipo/usuario: PA

N.I.G.: 36057 45 3 2020 0000309
Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000165 /2020 /
Sobre: ADMON. LOCAL
De D/Dª:
Abogado: MARIA COSTAS OTERO
Procurador D./Dª:
Contra D./Dª CONCELLO DE VIGO
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO
Procurador D./Dª

SENTENCIA N° 205/2020

En Vigo, a veintisiete de octubre de dos mil veinte.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. LUIS-ÁNGEL FERNÁNDEZ BARRIO, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Vigo los presentes autos de Procedimiento Abreviado, seguidos con el número 165/2020, a instancia de D. , representado por la Letrado Sra. Costas Otero, frente al CONCELLO DE VIGO, representado por el Sr. Letrado de sus servicios jurídicos; con el siguiente objeto;

Inejecución de silencio administrativo positivo de la estimación de la petición efectuada por el ahora demandante de reconocimiento del derecho a percibir los abonos de noches y festivos durante el disfrute de permisos retribuidos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- De la oficina de reparto del Decanato de los Juzgados de Vigo, se turnó a este Juzgado escrito de demanda en recurso contencioso-administrativo formulado por la representación del Sr. impugnando la no ejecución de la estimación por silencio administrativo de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

su petición de abono de la nocturnidad y la festividad durante las vacaciones, baja por IT, LDs y demás permisos retribuidos; o contra la desestimación de aquella petición. Se solicita se condene a la Administración demandada a realizar aquellos abonos del período correspondiente a los cuatro años anteriores a la presentación de la solicitud, incrementada con los intereses correspondientes, así como a que se le continúen abonando.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso, se acordó tramitarlo por los cauces del proceso abreviado y recabar el expediente administrativo, convocándose seguidamente a las partes a una vista, que tuvo lugar el pasado día veintiuno y a la que acudió la representación de la parte actora -que ratificó sus pretensiones-, así como la correspondiente a la Administración demandada, que se opuso a su estimación.

Se recibió el procedimiento a prueba, con el resultado que obra en acta, formulándose oralmente las conclusiones definitivas.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *Del objeto del pleito*

El Sr. , funcionario de carrera del Concello de Vigo, es de la Policía Local que desarrolla su jornada en turnos de mañana, tarde o noche a lo largo de la totalidad de días del año, prestando servicios las noches, domingos y festivos que le corresponden.

La prestación de servicio en noches en sábados, domingos y festivos se le retribuyen según establece el vigente Acuerdo Regulador, pero solo en el caso de su realización efectiva, por lo que no se le abonan cuando disfruta de permiso retribuido y vacaciones, ni cuando se encuentra en situación de baja por incapacidad temporal.

El 5 de noviembre de 2019 presentó escrito ante el Concello de Vigo solicitando el abono de la nocturnidad y de la festividad durante las vacaciones, baja por IT, días de libre disposición y demás permisos retribuidos, con retrotracción a los cuatro años anteriores.

Dado que no se respondió expresamente a esa solicitud, la considera estimada por silencio administrativo, por lo que, en primer término, dirige su



demanda contra la inejecución de ese acto administrativo presunto; subsidiariamente, contra la denegación de su pretensión, si se considera silencio de sentido desestimatorio.

SEGUNDO. - *Del silencio positivo*

El demandante sostiene que su reclamación fue, en realidad, estimada por silencio positivo, porque transcurrieron más de tres meses desde que la presentó sin que se resolviese expresamente.

Ha de atenderse a lo dispuesto en el art. 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que ya se hallaba vigente en la fecha en que se presentó la solicitud:

1. 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.

2. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.

3. La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 21 se sujetará al siguiente régimen:

a) 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.

b) En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.

4. Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya expedido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido. Este certificado se expedirá de oficio por el órgano competente para resolver en el plazo de quince días desde que expire el plazo máximo para resolver el procedimiento. Sin perjuicio de lo anterior, el interesado podrá pedirlo en cualquier momento, computándose el plazo indicado anteriormente desde el día siguiente a aquél en que la petición tuviese entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para resolver .



Ahora bien, no cualquier petición que los interesados dirijan a la Administración es susceptible de producir el silencio positivo, sino, exclusivamente, aquellas peticiones que tengan entidad suficiente para determinar la iniciación de un procedimiento administrativo expresamente formalizado y regulado, como tal procedimiento, en la norma.

No puede pretenderse que cualquier petición del administrado da lugar o debe dar lugar, a "un procedimiento iniciado a solicitud del interesado", de modo que si no se contesta por la Administración en el plazo máximo establecido por resolver, debe considerarse estimada por silencio, en aplicación del precepto transcrito.

Ese artículo 24 no se refiere a solicitudes, sino a procedimientos. Es verdad que la expresión "para entenderla estimada" parece hacer referencia "la solicitud", pero en todo caso se trataría de solicitudes insertadas en determinados procedimientos. Procedimientos que resultan de la aplicación de las correspondientes normas legales a las solicitudes presentadas por los interesados.

Llegados a este punto, no puede considerarse que la pretensión dirigida por el actor al Concello en noviembre de 2019 diese lugar a un procedimiento de los que se inician a instancia de parte.

El actor no solicitaba el pago de un complemento ya reconocido, sino el reconocimiento mismo del derecho a obtenerlo.

Por tanto, dado que el silencio positivo sólo se predica de los procedimientos a solicitud de parte pero no de los procedimientos de oficio, en el caso planteado no hay acto presunto positivo.

En este punto, es procedente recordar la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso del TSJ Galicia de 17 de junio de 2020, que rememora la más reciente doctrina del Tribunal Supremo, en cuya sentencia de 28 de mayo de 2019 se pronuncia sobre la vigencia del [Real Decreto 1777/94, de 5 de agosto](#), de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de gestión de personal a la entonces vigente [Ley 30/1992, de 26 de noviembre](#), cuyo art. 43 es el antecedente próximo del actual art. 24 de la [Ley 39/2015](#).



El artículo 2 del Real Decreto 1777/1994, al recoger los supuestos de eficacia desestimatoria, en el apartado k) establece que las solicitudes formuladas en determinados procedimientos administrativos de gestión de personal se podrán entender desestimadas una vez transcurridos, sin que se hubiera dictado resolución expresa, los plazos máximos de resolución que allí se señalan. En particular, la letra K) se refiere a "cualquier otro procedimiento, no incluido en el apartado 1 del artículo 3 de este Real Decreto, cuya resolución implique efectos económicos actuales o pueda producirlos en cualquier otro momento: El plazo de resolución de estos procedimientos será el señalado en su normativa específica y, en su defecto, el general de tres meses previsto en el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre".

En la meritada Sentencia, el Tribunal Supremo analizó si el artículo 2.k) del Real Decreto 1777/1994 se encuentra aún en vigor y, al efectuar esa exégesis, dejó escrito (con cita de las STS 28.2.2007 y 6.11.2018) que era equivocada la tesis según la cual cualquier petición del administrado da lugar o debe dar lugar, a "un procedimiento iniciado a solicitud del interesado", de modo que si no se contesta por la Administración en el plazo máximo establecido para resolver, debe considerarse estimada por silencio, en aplicación del artículo 43.2 de la Ley 30/1992. El silencio administrativo positivo que preveía el último inciso del párrafo segundo del artículo 43.1 de la ley 30/1992 no opera cuando, estando previsto normativamente un procedimiento singular para alcanzar el efecto jurídico solicitado, la solicitud se desentiende de sus trámites y se sujeta sólo a las reglas generales del procedimiento administrativo común.

Y subraya: "Resulta patente que ningún Real Decreto posterior ha derogado el RD 1777/1994 (art. 2.2 C. Civil).

Sin embargo, sí ha sido afectado por un Real Decreto Ley, el 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y de cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

Bajo ese proceloso título legislativo hallamos un precepto que ilustra sobre el carácter de negativo del silencio en el RD 1777/1994, así como su vigencia.



"Artículo 26. Sentido positivo del silencio administrativo.

En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado que se citan en el Anexo I, el vencimiento del plazo máximo fijado, en su caso, en ese mismo anexo sin que se haya notificado resolución expresa, legitima a los interesados para entender estimada su solicitud por silencio administrativo, en los términos previstos en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común."

En el Anexo I indica una relación de procedimientos administrativos con silencio negativo que pasa a positivo entre los que se incluyen la permuta art. 2e) del RD 1777/1994 y la movilidad de funcionaria víctima de violencia de género, art. 2 h) y k)... Ninguna duda, ofrece, pues la vigencia del silencio negativo en el apartado k) salvo en lo referido a la movilidad de funcionaria víctima de violencia de género por razón de la modificación operada por el RD Ley 8/2011".

Así las cosas, la falta de respuesta en plazo a esa solicitud de la recurrente sólo podía tener efectos desestimatorios, al tratarse de una petición que encuentra marco procedimental en el art. 2.k del RD 1777/1994, que vino a establecer que el sentido del silencio sería desestimatorio en los procedimientos de gestión de personal cuya resolución implicase efectos económicos actuales o pudiera producirlos en cualquier otro momento.

En consecuencia, no existe acto firme estimatorio que pueda ser susceptible de ejecución.

TERCERO.- *De la desestimación de la pretensión*

Así pues, procede ahora analizar si la denegación, por silencio, de la pretensión deducida en vía administrativa se ajusta o no al ordenamiento jurídico.

El art. 23 del vigente Acuerdo Regulador de las condiciones económicas y sociales de los trabajadores al servicio del Concello de Vigo, aprobado por el Pleno el 28 de diciembre de 1998, expresa que, con carácter general, la Corporación complementará en caso de baja médica las prestaciones del régimen general de la Seguridad Social hasta el 100% de sus retribuciones fijas y periódicas, agregando que también podrá acordar el mantenimiento de



las retribuciones que no tengan tal carácter en determinados supuestos y siempre que la baja corresponda a accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Por su parte, el art. 10 define los conceptos de jornada nocturna y de festividad, anudando una determinada compensación económica por su realización.

Lo que no puede prosperar es la pretensión de que, durante los períodos de disfrute de permisos retribuidos, vacaciones o incapacidad temporal, se le abonen los complementos no fijos y no periódicos, porque carece de sustento normativo.

El art. 23 arriba plasmado hace referencia a las bajas por causas de enfermedad profesional o accidente de trabajo, pero con carácter potestativo y siempre con relación a "determinados supuestos" que no llegan a especificarse. En cualquier caso, se trata de un supuesto excepcional que únicamente podría plantearse con relación a específicos puestos de trabajo o a situaciones especialmente lacerantes que requerirían una apreciación restrictiva y motivada, en ejercicio de una potestad discrecional limitada. Y así aconteció, efectivamente, en el caso a que se refiere el acuerdo de la Xunta de Gobierno Local de 15.9.2008, en que se decidió el abono del 100% de los recargos por festividad y nocturnidad en caso de accidente laboral al servicio de extinción de incendios y salvamento del Concello de Vigo, que se efectuaría en las cuantías que procediesen a tenor de la distribución de las jornadas de trabajo previamente establecidas en los cuadrantes mensuales del servicio; acuerdo que concretaba su ámbito temporal de aplicación: desde el 1 de diciembre de 2017 al 31 de diciembre de 2018.

En nuestro caso, no consta la existencia de un acuerdo semejante con relación al cuerpo de Policía Local, y menos aún que contemple el lapso temporal a que se refiere la pretensión actuada en este pleito (los cuatro años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud, y su extensión a la actualidad).

Los complementos que se solicitan presuponen la prestación efectiva de servicios.

Se ha de partir de que, dada la condición funcional del recurrente, su sistema retributivo no puede ser otro que el previsto en la Ley.

Las retribuciones por los conceptos de nocturnidad, trabajos en festivos y en excesos de jornada son



gratificaciones por servicios extraordinarios. Retribuyen trabajos realizados en una jornada que no se considera normal, por lo que no deben incluirse entre las retribuciones a percibir en los periodos de baja por enfermedad, o en los casos de disfrute de permisos. Las gratificaciones solo pueden retribuir periodos efectivos de trabajo.

El Tribunal Supremo (Sta. de 22.12.1995), en relación a la llamada penosidad nocturna y penosidad festiva, o retribuciones percibidas por trabajos en horas nocturnas o en domingos y festivos, ha establecido que dichas retribuciones son gratificaciones por servicios extraordinarios.

Mientras que el complemento específico se fija para cada puesto de trabajo en atención a las características de su función, con independencia del tiempo en que se lleve a cabo, la gratificación por servicios extraordinarios retribuye trabajos realizados en una jornada que no se considera normal, calificando como gratificaciones dichos complementos de penosidad, nocturnidad y festivo, que no son fijados en atención a las características del puesto de trabajo con independencia del tiempo en que se lleve a cabo.

Además, por definición legal, en ningún caso serán fijas en su cuantía ni periódicas en su devengo las retribuciones extraordinarias que correspondan a trabajos fuera de la jornada normal.

En este sentido, el art. 137.2 d) de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia define como retribuciones complementarias las gratificaciones por servicios extraordinarios, realizados fuera de la jornada normal, que en ningún caso pueden ser fijas en su cuantía ni periódicas en su percepción. También tendrán la consideración de gratificaciones extraordinarias las compensaciones económicas no incluidas en el complemento de puesto de trabajo que se devenguen por la prestación de servicios en regímenes de jornada distinta a la ordinaria, cambios de turno, realización de guardias localizadas o de trabajos nocturnos o en sábados, domingos y festivos, o participación en campañas de incendios forestales.

Trasunto del art. 69 d) del Decreto legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia, y del art. 64 de la Ley 4/1988, de la Función Pública de Galicia, tras la modificación operada por la Ley 3/1995.



Se comparten las reflexiones jurídicas plasmadas en la sentencia dictada el 2.7.2020 por el Juzgado de lo social nº 1 de Vigo (aportada a efectos ilustrativos) cuando se indica que el hecho de que los cuadrantes de trabajo se elaboren y el actor los conozca a principios de año no supone que ciertos conceptos retributivos tengan carácter fijo y periódico, pues los cuadrantes son una previsión de trabajo, pero luego se pueden alterar en la práctica por las bajas, permisos e incluso cambios de turno entre compañeros.

Distinto es el supuesto fáctico contemplado en la STS de 1.10.2020 (que rechazó el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del TSJ Galicia de 26.9.2018), pues allí se trataba de personal del servicio de extinción de incendios de Ourense en cuyo caso se declaró probado que el trabajo realizado de noche y en festivos formaba parte de su jornada de trabajo habitual; no de un servicio extraordinario, sino de una retribución ordinaria por los servicios que se prestan habitualmente.

En el caso de la Policía Local de Vigo, no figura demostrado que la prestación de jornada de sus componentes deba realizarse ordinariamente de noche y en festivos.

TERCERO. - *De las costas procesales*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la L.J.C.A., no procede efectuar expresa imposición de las costas del proceso, aunque la demanda no sea estimada, dado que la Administración no dio respuesta expresa a la petición deducida por el demandante, que desconocía las razones por las que se denegaba su solicitud, justificándose de este modo el acceso a la jurisdicción.

Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. frente al CONCELO DE VIGO, seguido como PROCESO ABREVIADO número 165/2020 ante este Juzgado, contra el acto presunto desestimatorio descrito en el encabezamiento, que declaro ajustado al ordenamiento jurídico.



No se efectúa expresa imposición de las costas procesales.



Notifíquese esta Sentencia a las partes haciéndoles saber que (dado que la pretensión deducida estriba en la declaración de derechos) no es firme y que contra la misma cabe interponer Recurso de apelación, en el plazo de quince días, contado a partir del siguiente al de su notificación, del que conocerá el Tribunal Superior de Justicia de Galicia; para su admisión, será preciso ingresar la suma de cincuenta euros en la cuenta de consignaciones y depósitos de este Juzgado (obligación de la que está exenta la Administración).

Así, por esta Sentencia, definitivamente Juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/.

PUBLICACIÓN. Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la ha dictado, estando celebrando Audiencia Pública y ordinaria en el día de su fecha. Doy fe.-



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjuicio, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

