

**Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2019( rec.246/2019)**

---

**Encabezamiento**

**T R I B U N A L S U P R E M O**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Cuarta**

**Sentencia núm. 710/2019**

Fecha de sentencia: 28/05/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 246/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/05/2019

Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Celsa Pico Lorenzo

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO CON/AD SEC.2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 246/2016

Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Celsa Pico Lorenzo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Cuarta**

**Sentencia núm. 710/2019**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

D. Jose Luis Requero Ibañez

En Madrid, a 28 de mayo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA-246/2016, interpuesto por el procurador don Felipe Juanas Blanco en nombre y representación del Gobierno del País Vasco bajo la dirección letrada de doña Arantza González López contra la *sentencia de fecha 28 de septiembre de 2016 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que estimó el recurso de apelación nº 45/2016* interpuesto contra la *sentencia dictada el 2 de noviembre de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 6 de Bilbao* en el procedimiento abreviado núm. 1073/2015, por la que se declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de 17 de febrero de 2015 del Viceconsejero de Administración y Servicios del Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco.

Ha sido parte recurrida don Manuel representado por la procuradora de los tribunales doña Paloma González del Yerro Valdés.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Celsa Pico Lorenzo.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el recurso de apelación número 45/2016, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*, dictó *sentencia el 28 de septiembre de 2016* , cuyo fallo dice literalmente:

" **I** .- Estimamos el presente recurso de apelación nº 45/2016 , interpuesto contra la *sentencia número 656/2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 6 de Bilbao* en el procedimiento abreviado número 1073/2015, por la que se declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de 17 de febrero de 2015 del Viceconsejero de Administración y Servicios del Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco.

**II.** - Revocamos y dejamos sin efecto la sentencia apelada.

**III.** - Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto y anulamos la resolución recurrida.

**IV.-** *Declaramos que el recurrente obtuvo por silencio administrativo el reconocimiento de una comisión*

*de servicios al puesto de Suboficial desde el 1 de noviembre de 2012 y el derecho al abono de los*

*complementos no percibidos desde dicha fecha.*

**V.-** Sin imposición de las costas de la apelación y con imposición de las de instancia en los términos

*del último fundamento jurídico.*

**VI.-** Con devolución del depósito para recurrir."

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia preparó la Letrada del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco recurso de casación, que la Sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia del País Vasco* tuvo por preparado mediante Auto de 28 de noviembre de 2016 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la *Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo*, dictó Auto el 6 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva dice literalmente:

"1º- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco contra la sentencia núm. 407/2016, de 28 de septiembre, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de apelación núm. 45/2016 .

2º- Precisar que las cuestiones que revisten interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia lo son las atinentes a:

A) Cuál es el régimen jurídico del silencio administrativo ante una solicitud deducida por un funcionario, de obtener un determinado puesto de trabajo en comisión de servicios. Y

B) Si el artículo 2.k) del Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de gestión de personal a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se encuentra en vigor.

3º- Identificar como normas que en principio serán objeto de interpretación los artículos 43.1 y 2, 43.4.a) y 44.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (con los que en parte coinciden los artículos 24 y 25 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas); las Disposiciones adicionales primera y transitoria primera de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; la Disposición adicional 29ª de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social y el artículo 2.k) del Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de gestión de personal a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4º- Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º- *Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada. Y*

6º.- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto."

**CUARTO.-** Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 4 de abril de 2017, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó el procurador don Felipe Juanas Blanco, en representación de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco por escrito de fecha 23 de mayo de 2017, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

"que teniendo por presentado este escrito de interposición del recurso de casación lo admita, case la sentencia, la revoque y, en virtud, entrando a conocer el recurso contencioso-administrativo lo desestime íntegramente y declare conforme a Derecho la Resolución de 17 de febrero de 2015, del Viceconsejero de Administración y Servicios del Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco."

**QUINTO.-** Por providencia de 31 de mayo de 2017. Se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, pueda oponerse al recurso, lo que efectuó la representación procesal de don Manuel en escrito presentado el 12 de julio de 2017, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: "que se dicte sentencia desestimando el recurso, con expresa imposición de las costas ocasionadas."

**SEXTO.-** De conformidad con el *artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, por providencia de 22 de marzo de 2019 se señala este recurso para votación y fallo el día 21 de mayo de 2019, fecha en que tuvo lugar el acto.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** *Planteamiento del litigio. Razonamientos de la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.*

La representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco interpone recurso de casación contra la *sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco núm. 407/2016, de 28 de septiembre, dictada en el recurso de apelación núm. 45/2016* que acordó estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Manuel declarando el derecho del recurrente al reconocimiento de la comisión de servicios solicitada desde el 1 de noviembre de 2012 (sic).

La sentencia (completa en cendoj Roj. STSJ PV 2839/2016 - ECLI:ES:TSJPV:2016:2839) en el PRIMERO fundamento hace un planteamiento del recurso mientras en el SEGUNDO rechaza la causa de inadmisibilidad apreciada por la sentencia apelada.

En el TERCERO aprecia el silencio administrativo positivo por concurrencia del *art. 43.4.a) de la ley 30/1992*.

**SEGUNDO.-** *La identificación del interés casacional.*

El *auto de 6 de marzo de 2017* delimitó el interés casacional en el siguiente sentido:

"A) Cuál es el régimen jurídico del silencio administrativo ante una solicitud deducida por un funcionario, de obtener un determinado puesto de trabajo en comisión de servicios. Y

B) Si el *artículo 2.k) del Real Decreto 1777/1994*, se encuentra en vigor."

**TERCERO.-** *La interposición del recurso por la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco.*

1. Rechaza que la *sentencia recurrida atribuya a la solicitud formulada por el actor con fecha 31 de mayo de 2013* virtualidad promotora de un procedimiento administrativo de cobertura temporal de puestos de trabajo.

Adiciona que la sentencia no repara en el signo de la solicitud, ni atiende a su contenido, considerándola presupuesto suficiente para iniciar el procedimiento apetecido. Refuta aplique de plano, el *artículo 43 de la Ley 30/1992*, intitulado "*Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud de interesado*".

Defiende que para acreditar la infracción de dicho precepto es imprescindible precisar dos cuestiones:

(1) si el procedimiento de provisión transitoria en régimen de comisión de servicios de puestos de trabajo se inserta en la tipología de procedimientos iniciados de oficio. O si, por el contrario, cabe instarlo a iniciativa del interesado, y

(2) si la solicitud formulada por el actor el 31 de mayo de 2013 dio inicio a un procedimiento de cobertura en comisión de servicios de un puesto de trabajo de suboficial.

Subraya que la solicitud de obtener un determinado puesto en comisión de servicios, no inicia un procedimiento administrativo de cobertura transitoria de puesto de trabajo, sino que, se inserta como requerimiento necesario para tener a quien la formula como parte del mismo, siempre que aquel procedimiento se haya promovido conforme a los cauces reglamentarios.

Razona que la comisión de servicios aparece como una forma de cobertura temporal de puestos de trabajo vacantes que precisan ser cubiertos por una necesidad urgente e inaplazable vinculada al servicio, que impide la cobertura del puesto por los medios ordinarios.

Recalca que la conveniencia o no de activar este mecanismo provisorio constituye el margen de actuación discrecional de la Administración que ningún funcionario puede suplir. Lo califica como conclusión pacífica a la luz de lo dispuesto en el *artículo 81.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre*, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en el *artículo 64.1 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, en el *artículo 9 del Real Decreto 997/1989, de 28 de julio*, por el que se aprueba el Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo de la Dirección General de la Policía.

Sostiene que tales caracteres se replican en la normativa del País Vasco. Así deriva del *artículo 72.1 de la Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco*.

Rechaza que la sentencia haga abstracción de los caracteres propios de la comisión de servicios como mecanismo provisorio de puestos de trabajo, limitándose a aplicar acríticamente a la solicitud del actor lo dispuesto en el *artículo 43.1 y 4.a) - este último apartado identificado erróneamente, como se ha dicho- de la Ley 30/1992*.

Mantiene que el transcurso del plazo de resolución sin notificar la resolución expresa, permitía: (1) entender desestimada la solicitud por silencio administrativo a los solos efectos de posibilitar la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resultara procedente y (2) resolver la solicitud sin vinculación alguna al sentido del silencio, como así se hizo.

Razona que en el ámbito de la Ertzaintza, la cobertura temporal de puestos de trabajo mediante comisión de servicios presente alguna singularidad que explicita ampliamente, siendo todos procedimientos de oficio, al ser la Administración la que activa la cobertura de puestos vacantes. En un caso, a través de la correspondiente convocatoria, en el otro, está ínsito en el propio diseño: existiendo vacante el procedimiento de cobertura se activa automáticamente, salvo que la Administración decida otra cosa.

Reputa incontrovertido que la solicitud de comisión de servicios del puesto de superior categoría, como suboficial, no se integraba como parte de una previa convocatoria de procedimiento selectivo para la asignación transitoria con carácter voluntario para el desempeño de puestos de trabajo, inexistente en la fecha de solicitud.

Tampoco se había activado el procedimiento de cobertura urgente e inmediata de necesidades de servicio surgidas por la vacancia o desocupación temporal en la cadena de mando de cada comisaría o centro policial (las denominadas comisiones de servicio intraunidad) de acuerdo a los requerimientos de la Resolución de 23 de octubre de 2012 del Director de Recursos Humanos.

2. Defiende que la Sala de instancia debió aplicar lo dispuesto en el *artículo 44 de la Ley 30/1992*, singularmente, su apartado 1, entendiéndola desestimada la solicitud del actor y avalando la conformidad a derecho de las resoluciones tardías, tanto de la Resolución de 27 de septiembre de 2013, como la Resolución de 17 de febrero de 2015, que resuelve el recurso de alzada.

3. Arguye que la sentencia aplica erróneamente el silencio estimatorio a un procedimiento de adscripción de puestos de trabajo.

Hace notar que la adscripción de puestos de trabajo no es un procedimiento contemplado en el Real Decreto 469/1997, ni directa ni indirectamente, lo que obliga a desvincular esta tipología de procedimientos de cualesquiera de los citados en el citado Real Decreto.

Una norma de aplicación supletoria a la cobertura de puestos de trabajo de la Ertzaintza en tanto la Ley de Policía del País Vasco, el Reglamento de provisión de los puestos de trabajo de los funcionarios de los Cuerpos de Policía del País Vasco, la Ley de la Función Pública Vasca, y el Reglamento de provisión del personal funcionario de las Administraciones Públicas del País Vasco, no contienen previsión alguna a este respecto, como tampoco el Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo de la Dirección General de la Policía, que pudiera prevalecer por razón de especialidad en la identificación de la norma estatal supletoria.

Concluye que, al sentido negativo del silencio en los procedimientos iniciados a instancia de parte a que se refiere el *artículo 43.1, apartado segundo de la Ley 30/1992*, se han de sumar los 182 procedimientos recogidos en la *Disposición adicional vigésima novena de la Ley 14/2000*, a los que se añaden los previstos en los *apartados dos, tres y cuatro del artículo 69 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*.

4. Sostiene que la sentencia infringe lo dispuesto en el *artículo 2.k) del Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto*, de adecuación de las normas reguladores de los procedimientos de gestión de personal a la Ley 30/1992.

La solicitud contiene dos peticiones que, aunque conectadas, pueden ser objeto de análisis separado.

Es decir, aun desestimando la comisión de servicios a puesto de suboficial, cabría la posibilidad de que el interesado percibiera las retribuciones correspondientes a dicho puesto si acreditara el efectivo desempeño de tales funciones.

De ahí que haya que determinar cuál es el signo del silencio administrativo aplicable a la solicitud de abono por realización de funciones de superior categoría.

Señala que en este escenario entra en juego el *artículo 2.k) del Real Decreto 1777/1994* cuya aplicación ha negado la sentencia recurrida y que la recurrente entiende vigente.

Alega que en este ámbito la Comunidad Autónoma del País Vasco no ha dictado norma en materia de gestión de personal que regule el sentido del silencio administrativo, circunstancia que obliga a acudir a las normas estatales, de aplicación supletoria.

El plazo al que se refiere la repetida *Disposición adicional primera, apartado 2, de la Ley 4/1999* no es constitutivo. Su transcurso no transforma automáticamente la eficacia del silencio a un sentido estimatorio en aquellos procedimientos que no hubieran sido objeto de expresa adaptación.

Un entendimiento de las Disposiciones adicional primera y transitoria de la Ley 4/1999 y de la *Disposición adicional vigésima novena de la Ley 14/2000*, que permite considerar vigentes los Reales Decretos dictados en adaptación a la Ley 30/1992 que no hubieran ajustado el sentido del silencio a lo dispuesto en la Ley 4/1999.

Objeta que pese al *artículo 2 de la Ley 25/2009*, que modifica el *artículo 43 de la Ley 30/1992* generalizando el silencio positivo, salvo que una norma con rango de Ley por razones imperiosas de interés general o una norma de derecho comunitario estableciesen lo contrario, lo cierto es que los reglamentos dictados en su día en

adaptación a la Ley 30/1992 continúan vigentes al no haber sido derogados.

Recalca que el *artículo 2.2 del Código Civil* exige a la derogación, por imperativo de la seguridad jurídica, un alcance expreso o manifiesta incompatibilidad de la nueva normativa con la anterior. Ni una ni otra concurren en relación con aquellos reglamentos y, singularmente, con el Real Decreto 1777/1994.

Defiende que no cabe concluir que tras la entrada en vigor de la Ley 25/2009 los procedimientos iniciados por el interesado tengan atribuido *ipso iure* efecto estimatorio al silencio administrativo.

Tal interpretación la reputa avalada, en lo que toca al Real Decreto 1777/1994, por el *artículo 26 del Real Decreto-Ley 8/2011* .

**CUARTO.-** *La posición de la parte recurrida.*

Argumenta que la sentencia no infringe lo dispuesto en los *artículos 43.1 , 43.2.c ) y 44.1 de la LRJAP y PAC*, realizando una interpretación acorde con la evolución legislativa y jurisprudencial del silencio administrativo positivo.

Es la propia Administración la que ha establecido un procedimiento exclusivo para las situaciones de necesidad que se dan dentro de una Unidad o centro policial.

Este Procedimiento, vigente en el momento de la solicitud del recurrido (31 de mayo de 2013), es el denominado "Comisiones de Servicio Intra-unidad" y viene recogido en la Resolución de 23 de octubre de 2012, del Director de Recursos Humanos, reguladora del Procedimiento para la provisión transitoria, en régimen de comisión de servicios, de puestos de trabajo de superior categoría o diferente especialidad en las distintas unidades de la Ertzaintza sobre el que se exploya prolijamente.

Concluye que, en el presente caso, nos hallamos ante un procedimiento que se inicia a instancia de parte, ya que el recurrido presentó su solicitud ante la necesidad del servicio conforme a la Resolución de CSI 2012 con el visto bueno del jefe de unidad para cubrir la necesidad surgida en el Área y Sección de su Unidad y, con la presentación de la solicitud, momento en que se inicia el plazo para resolver.

A su entender el plazo para resolver es el establecido en la LRJAP y PAC. Ni la Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco (en adelante, LPPV), ni la Ley 6/1989, de 6 de julio, de Función Pública del País Vasco (en lo sucesivo, LFPPV), establecen plazo alguno, por lo que, conforme al *artículo 42.2 LRJAP y PAC*, que actúa supletoriamente ( *artículo 149.3 CE* ), el plazo ha de ser de tres meses, el cual fue superado ampliamente en el presente caso.

Defiende que, el Real Decreto 1777/1994 se opone a lo dictado en esta norma en cuanto establece un listado de situaciones administrativas iniciadas a instancia de parte cuyo sentido es desestimatorio y, consecuentemente, contrario a lo señalado en el *artículo 43.1 de la LRJAP y PAC*.

Por su parte, la Disposición Derogatoria de la Ley 25/2009 dispone: " *La Disposición derogatoria deja sin vigor cuantas disposiciones de rango legal o reglamentario o estatutos de corporaciones profesionales y demás normas internas colegiales se opongan a la misma a lo dispuesto en la Ley* ".



Al parecer de la parte, mediante la Ley 25/2009, conocida como "Ley Ómnibus", se avanza un poco más en el reconocimiento del silencio administrativo positivo como la regla general, al añadir al artículo 43 de la LRJAP y PAC que el silencio negativo debe venir establecido en una Ley por razones imperiosas de interés general.

**QUINTO.-** *Las normas a tener en cuenta.*

Identifica el auto como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, los artículos 43.1 y 2, 43.4.a ) y 44.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (con los que en parte coinciden los artículos 24 y 25 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas); las Disposiciones adicional primera y transitoria primera de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; la Disposición adicional 29ª de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social y el artículo 2.k) del Real Decreto 1777/1994.

**SEXTO.-** *La posición de la Sala sobre el régimen del silencio desde la STS de 28 de febrero de 2007 a la STS de 6 de noviembre de 2018 ante solicitudes del interesado.*

*Este Tribunal en su reciente STS 6 de noviembre de 2018, recurso casación 1763/2017 en su FJ 7º recordó:*

*" la sentencia dictada por el Pleno de esta Sala Tercera en el recurso de casación núm. 302/2004, de fecha 28 de febrero de 2007, consideró 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 (LPAC). En esa línea, razonó a continuación lo siguiente:*

*[...]*

*El artículo 43 LPAC, en cambio, no se refiere a solicitudes sino a procedimientos. Es verdad que su párrafo 2 dice que los interesados podrán entender estimadas sus solicitudes, pero se trata de solicitudes insertadas en determinados procedimientos. Procedimientos que resultan de la aplicación de las correspondientes normas legales a las solicitudes presentadas por los interesados. Y esto que cabía mantenerlo en la redacción de la LPAC anterior a la modificación aprobada por la Ley 4/1999 de 13-I, es aún más patente después de esta Ley. Antes de la Ley 4/1999, porque el artículo 43 contenía tres supuestos de silencio positivo que remitían a procedimientos más o menos formalizados; los dos primeros sin duda alguna (concesión de licencias o autorización de instalación, traslado o ampliación de empresas y centros de trabajo y solicitudes que habilitaran al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes), pero también el tercero, "solicitudes en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa", porque esa normativa de aplicación no podía ser otra sino la normativa reguladora del específico procedimiento en cuestión.*

*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. Y así resulta de la Disposición Adicional 3ª LPAC que manda adecuar los procedimientos existentes a la nueva regulación de la LPAC, y tras esa previsión se publican varios R.R.DD de adecuación, hasta llegar a la resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 20-III-96 que publica la relación de procedimientos de la Administración General del Estado.*

[...]

*La Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 parte de esa relación de procedimientos, porque se refiere a los aproximadamente 2000 procedimientos existentes en la actualidad. El escenario que contempla el legislador para regular el sentido del silencio no es un escenario de peticiones indiscriminadas a la Administración sino de peticiones que pueden reconducirse a alguno de los procedimientos detectados e individualizados. La Exposición de Motivos habla de la necesidad de simplificación de ese conjunto de procedimientos, lo que se plasma en la Disposición Adicional 1ª 1 de la Ley.*

[...]

*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 Públicas 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 artículos 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."*

*Por ello en el FJ Octavo responde "que el silencio administrativo positivo que preveía el último inciso del párrafo segundo del artículo 43.1 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, 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."*

*También la STS de 31 de octubre de 2018, casación 2810/2016 explicita que no se puede obtener por silencio positivo una petición al no haberse seguido el procedimiento legalmente predeterminado.*

**SÉPTIMO.-** *La posición de la Sala frente a una solicitud de comisión de servicios tras su oferta por la administración que corresponda. Procedimiento iniciado de oficio.*

Ya hemos dicho en el fundamento anterior que nuestra jurisprudencia insiste en que una petición de un interesado no comporta un procedimiento iniciado a solicitud del interesado en los términos del *art. 43.1 y 2. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre* .

Aquí hemos de partir de que un determinado puesto se oferta en comisión de servicios dando lugar a una solicitud de los interesados en ocupar el susodicho puesto de trabajo.

Se trata, por tanto, de un expediente iniciado por voluntad de la administración, es decir de oficio en los términos del *art. 44.1. de la Ley 30/1992* , ya que es la interesada en su cobertura mediante la oportuna convocatoria. Sin embargo, para su ejecución es necesaria la subsiguiente voluntad de los interesados en ocupar los puestos de trabajo vacantes formulando la pertinente petición para que, finalmente, aquella cobertura pueda tener lugar.

La solicitud de los candidatos no transforma un procedimiento iniciado de oficio en uno iniciado a solicitud del interesado, en los términos del *art. 43.1 de la Ley 30/1992* . Ni tampoco una hipotética solicitud sin previa oferta da inicio a un procedimiento administrativo en los términos del *art. 43 de la Ley 30/1992* .

Y en el ámbito de la Administración Pública, cualesquiera que fuera, el acceso a la misma ha de respetar los principios de mérito y capacidad a que se refiere el *art. 103.3. CE* . Sobre tal aspecto insiste nuestra jurisprudencia tanto en lo que se refiere al acceso (por todas la *STS 29 de noviembre de 2018, casación 2037/2016* y las allí citadas) como a la imprescindible observancia de su cumplimiento en la provisión de los puestos de trabajo ( *STS 7 de mayo de 2019* , recurso ordinario 197/2017).

Por las anteriores razones no cabe incluir el procedimiento de provisión transitoria de puestos de trabajo mediante el régimen de comisión de servicios en la tipología de procedimiento iniciado a iniciativa del interesado sino en procedimiento iniciado de oficio.

Pero, además, esa voluntad de que no opere el silencio administrativo positivo se encuentra declarada por el legislador en la *Disposición Adicional vigésima novena. Régimen jurídico aplicable a la resolución administrativa en determinadas materias de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social*, en su anexo 2 incluye la Resolución de solicitudes sobre adscripción de puestos de trabajo y otros procedimientos regulados en el RD 469/1987, de 3 de abril, cuya resolución implique efectos económicos como excepción del *apartado 2 del art. 43 de la Ley 30/1992* .

Esa redacción que proclama no adquirir por silencio positivo resoluciones que impliquen efectos económicos en la adscripción de puestos de trabajos se halla también en el *apartado k) del art. 2 del RD 1777/1994, de 5 de agosto* , de adecuación de las normas reguladores de los procedimientos de personal a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Así explicita el preámbulo del RD que " *determinados procedimientos comportan consecuencias económicas y organizativas que, por su*

*incidencia en el gasto público y en el principio de auto organización de las Administraciones Públicas, han de entenderse exceptuados del principio general de estimación presunta de las solicitudes en las que no recaiga resolución expresa en plazo". Argumentos plausibles en razón del contenido del art. 133.4 CE .*

**OCTAVO.-** *La vigencia del RD 1777/94, art. 2. K ).*

Se pregunta por el apartado k) del art. 2 del RD 1777/1994 si bien las comisiones de servicios se encuentran previstas en la letra c).

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

Sin embargo, si 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.

**NOVENO.-** *La estimación del recurso de casación y subsiguiente desestimación del recurso contencioso administrativo .*

Lo expresado en los fundamentos anteriores conduce a la estimación del recurso de casación deducido por el letrado de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y subsiguiente desestimación del recurso contencioso administrativo.

**DÉCIMO.-** *La doctrina de la Sala: Silencio negativo en procedimientos de cobertura de puestos de trabajo mediante el régimen de comisión de servicios.*

En respuesta al ATS de 6 de marzo de 2017 se indica que no cabe incluir el procedimiento de provisión transitoria de puestos de trabajo mediante el régimen de

comisión de servicios en la tipología de procedimiento iniciado a iniciativa del interesado sino en procedimiento iniciado de oficio en el que rige el silencio negativo cuando no hay respuesta expresa.

Debe adicionarse que ninguna norma ha derogado expresamente el RD 1777/1994 ni tampoco se colige su derogación por ser contrario a norma de superior rango salvo en los puntos expresados por el RD Ley 8/2011 que no conciernen al apartado k) salvo en funcionaria víctima de violencia de género.

**UNDÉCIMO.-** *Costas.*

De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139 de la LJCA*, en relación con el *artículo 93 LJCA*, en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. En cuanto a las de instancia no ha lugar a imponer costas.

**F A L L O**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

**PRIMERO.-** Ha lugar al recurso de casación deducido por el Letrado del Gobierno del País Vasco contra la *sentencia de 28 de septiembre de 2016, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de apelación nº 45/2016* que se anula y se deja sin efecto ni valor alguno.

**SEGUNDO.-** Se desestima el recurso contencioso-administrativo 1073/2015 formulado ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 6 de Bilbao por don Manuel, contra resolución de 17 de febrero de 2015.

**TERCERO.** Se fija como doctrina la señalada en el fundamento DÉCIMO.

**CUARTO.-** En cuanto a las costas estése a los términos señalados en el último de los Fundamentos de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACION.-** Léida y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.