

Roj: **STS 3145/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3145**Id Cendoj: **28079140012017100552**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **06/07/2017**Nº de Recurso: **1517/2016**Nº de Resolución: **603/2017**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 6 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), contra la sentencia dictada el 15 de marzo de 2016, por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 150/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón, de fecha 4 de noviembre de 2015, recaída en autos núm. 242/2015, seguidos a instancia de D.^a Noelia frente al Fondo de Garantía Salarial, sobre reclamación de cantidad.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de noviembre de 2015 el Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

« 1º) La demandante, Doña Noelia, con DNI nº NUM000, mayor de edad, prestó servicios para VARELA CADRECHA Y COMPAÑÍA SL, desde el 18 de agosto de 1987 hasta el 15 de mayo de 2013, fecha de efectos del despido por causas objetivas del que fue objeto tras la realización de un expediente de regulación de empleo practicado por la empresa. En la comunicación extintiva se le reconocía el derecho a percibir la cantidad de 12.847,70 euros de la empresa en concepto de 12 días de salario por año de servicio y la de 7.313,14 euros del Fondo de Garantía Salarial, correspondiente a los 8 días restantes.

2º) La actora percibió prestaciones de desempleo desde el 16 de mayo hasta el 17 de junio de 2013.

3º) El 20 de mayo de 2013 el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón, en autos 93/2013 y, al amparo de lo establecido en el artículo 176 bis 4 de la Ley Concursal, dicta auto en el que se declara en concurso a VARELA CADRECHA Y COMPAÑÍA SL, y, la conclusión del mismo.

4º) El 18 de junio de 2013 la actora fue contratada por la mercantil ASVAJUAR SL, que explota un negocio de venta de ropa y artículos infantiles en el mismo local que lo hiciera VARELA CADRECHA Y COMPAÑÍA SL en la Plaza del Seis de Agosto de Gijón. Dicho local era subarrendado por PRENATAL SA a VARELA CADRECHA Y COMPAÑÍA SL.

5º) La actora presentó papeleta de conciliación en reclamación de la cantidad relativa a los 12 días de indemnización, celebrándose el acto con el resultado de "sin avenencia" el 30 de mayo de 2013. Presentada demanda el 17 de julio de 2013, recayó sentencia de 3 de abril de 2014 del Juzgado de lo Social nº 2 de Gijón, que estimaba la demanda presentada por la actora y otras seis trabajadoras y condenaba a la empresa a abonar a aquella la cantidad de 20.160,84 euros, sin perjuicio de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, dentro de los límites establecidos en la Ley.



6º) Solicitada por la actora la ejecución de la sentencia por escrito presentado el 9 de julio de 2014, se inadmitió la misma en atención al estado de liquidación de la mercantil demandada, por auto de 10 de julio de 2014.

7º) El 8 de octubre de 2014 se presenta escrito ante el Fondo de Garantía Salarial en reclamación de la indemnización por despido objetivo.

8º) El 27 de enero de 2015 recae resolución del Fondo de Garantía Salarial que deniega la prestación por (1) no constar auto de insolvencia judicial; (2) haber transcurrido más de un año; (3) haberse solicitado con anterioridad la responsabilidad directa al amparo del artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores y (4) existencia de una subrogación empresarial entre la empleadora y ASVAJUAR SL».

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: «ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Doña Noelia contra el Fondo de Garantía Salarial, condenando al organismo a que abone a la trabajadora la cantidad de 12.847,07 euros».

SEGUNDO .- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Abogado del Estado ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 15 de marzo de 2016, en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el FOGASA contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, dictada en los autos seguidos a instancia de Custodia contra el Organismo recurrente, sobre Reclamación de Cantidad, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada».

TERCERO.- Por el Abogado del Estado se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 30 de marzo de 2016. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en fecha 27 de junio de 2014 (RSU 1308/2014). El recurso se fundamenta en un único motivo: la infracción del ordenamiento jurídico y, en particular, de los artículos 43.1 de la LRJPAC y 28.7 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, en relación con el artículo 33.2 del ET, y la jurisprudencia.

CUARTO.- Con fecha 28 de octubre de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de las partes recurridas para que formalicen su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar que se declare la improcedencia del presente recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 6 de julio 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión objeto del recurso de casación unificadora consiste en determinar si puede entenderse estimada por silencio administrativo positivo la solicitud presentada por la trabajadora demandante ante al FOGASA, aun cuando lo reclamado supere los límites legales de la responsabilidad que le corresponde asumir a dicho organismo.

La representación letrada del Fondo de Garantía Salarial ha formulado el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 15 de marzo de 2016, rec. 150/2016, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por esa entidad contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, que acoge la demanda de la trabajadora y condena al Fondo de Garantía Salarial al pago de la indemnización por despido no abonada en su momento por la empresa para la que prestaba servicios.

2.- Denuncia el recurso infracción de los arts. 43.1 LRJPAC y 28.7 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, en relación con el art. 33.2 ET, e invoca como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 27 de junio de 2014, rec.1308/2014, para sostener que los efectos que se derivan de la estimación por silencio positivo de la solicitud de la actora no pueden extenderse más allá de los límites legales en la responsabilidad del FOGASA que establece el art. 33.2 ET.

El Ministerio Fiscal en su informe no cuestiona la existencia de contradicción, y solicita la desestimación del recurso por considerar ajustada a derecho la doctrina de la sentencia recurrida.

3. - Los elementos relevantes de la sentencia recurrida en orden al análisis de la contradicción, son como siguen: 1º) la relación laboral de la actora se extingue con efectos de 15 de mayo de 2013, mediante la comunicación escrita remitida por la empresa en la que se le notifica su despido por causas objetivas, a la vez que se le reconoce el derecho a percibir la indemnización de 12.847,70 euros a cargo de la empresa, y la

de 7.313,14 euros del FOGASA, al tratarse de una empresa de menos de 25 trabajadores; 2º) en reclamación del pago de la parte de la indemnización correspondiente a la empresa, presentó la trabajadora demanda de reclamación de cantidad contra la misma, que fue estimada en sentencia de 3 de abril de 2014 del Juzgado de lo Social 2 de Gijón; 3º) instada la ejecución de la sentencia, es desestimada por auto de 10 de julio de 2014, en atención al estado de liquidación de la empresa que había sido previamente declarada en situación de concurso; 4º) La demandante presentó solicitud al Fondo de Garantía Salarial el 8 de octubre de 2014, reclamando el pago de la totalidad del importe de la indemnización por despido a cargo de la empresa; 5º) El FOGASA desestimó la anterior solicitud en fecha 27 de enero de 2015, alegando que: no consta el auto de insolvencia judicial; haber transcurrido más de un año; que se había solicitado con anterioridad la responsabilidad directa al amparo del 33.8 ET; y la existencia de una subrogación empresarial entre la empleadora y una tercera empresa.

Con estos hechos, la sentencia recurrida desestimó el recurso de suplicación del FOGASA, al entender que el silencio positivo equivale a un acto administrativo eficaz que supone estimar lo reclamado en la solicitud, y respecto del cual no es posible una ulterior resolución expresa administrativa que revoque lo ya obtenido por los efectos del indicado silencio.

4. - En el caso de la sentencia invocada de contraste: 1º) la empresa, de menos de 25 trabajadores, había procedido al despido por causas objetivas de varios de sus trabajadores a los que hizo pago de la totalidad de la correspondiente indemnización; 2º) en fecha 26 de abril de 2013, presentó solicitud ante el FOGASA en reclamación del 40% de las indemnizaciones abonadas, sin que este organismo hubiere llegado a resolver dicha solicitud; 3º) ante esa falta de respuesta presentó la empresa demanda frente al FOGASA, que fue estimada en sentencia del Juzgado de lo Social que condenó a este organismo al pago de la suma reclamada por la empresa en su solicitud; 4º) el recurso de suplicación interpuesto por el FOGASA es estimado en la sentencia referencial, que rebaja la condena impuesta a ese organismo hasta los límites legales de su responsabilidad conforme a lo establecido en el art. 33.8 ET, al entender que los efectos jurídicos que despliega el silencio positivo no pueden ir más allá de la responsabilidad legal que le corresponde asumir al FOGASA, lo que obliga a considerar que la solicitud no respondida en plazo debe considerarse estimada en toda la extensión, y no más, que el citado organismo puede autorizar en el caso de haber estimado la petición.

SEGUNDO.1. - A la vista de las sentencias comparadas hemos de concluir que concurre el requisito de contradicción, puesto que en ambos casos los hechos relevantes se contraen a determinar las consecuencias jurídicas que debe otorgarse al silencio administrativo positivo, en aquellos supuestos en los que se ha presentado una reclamación de cantidades al FOGASA por encima de los límites legales de las cuantías de las que debe responder conforme a lo establecido en el art. 33 ET, a la que no da respuesta dentro del plazo legalmente previsto a tal efecto.

Ambas sentencias razonan sobre si debe entenderse estimada por silencio administrativo positivo la solicitud en toda su extensión o con los límites legales por los que debe responder dicho organismo, y los fallos son totalmente contradictorios.

La sentencia recurrida considera que la figura del silencio positivo impone al FOGASA la obligación de responder por la totalidad de la cantidad reclamada, aun cuando supere los límites legales de su responsabilidad; mientras que la de contraste concluye que sus efectos no pueden ser otros que los de entender acogida la solicitud en la máxima cuantía de la que debe responder el FOGASA conforme a los límites del art. 33 ET.

Nos encontramos de esta forma ante doctrinas contradictorias que es necesario unificar.

2. - Para lo que hemos de estar al criterio que ya ha sentado esta Sala en las dos recientes sentencias de Pleno de 20/4/2017 (Rec. 701/2016 y 669/2016), a cuyos razonamientos nos vamos a remitir, reproduciendo los de la citada en primer lugar.

Como en las mismas se dice, la cuestión aquí controvertida ya había sido resuelta por esta Sala en la STS de 16 de marzo de 2015, rcud. 802/2014, en el sentido en el que se ha pronunciado la sentencia recurrida y a tal doctrina hemos de estar por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley y porque no existen razones que justifiquen un cambio de doctrina, sino todo lo contrario, hemos de mantener la ya expresada.

3. - Tras lo que la STS 20/4/2017 (Rec.701/2016), razona lo siguiente: "*... la normativa legal y reglamentaria que regula los procedimientos administrativos para las reclamaciones al Fondo de Garantía Salarial no regula los efectos que para el administrado pudiera tener el incumplimiento del referido plazo, razón por la que ha de acudirse a la Ley 30/92 -que resulta de indudable aplicación al FOGASA- y cuyo artículo 43.1 -vigente por razones temporales al supuesto de autos- establecía que, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado,*

sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista... «el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado... para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en que una norma con rango de ley... o una norma de Derecho Comunitario establezcan lo contrario», excepción que no se da en el caso de autos, donde sí se dictó, en cambio, resolución expresa extemporánea. El nº 2 de este artículo establecía, a su vez, que «la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento». Y el nº 3 del mismo precepto condicionaba el sentido de la resolución expresa, al disponer que «en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo».

"Tan claro panorama legislativo nos llevó a reseñar que «No podemos aceptar la argumentación del Abogado del Estado de que no resulta posible obtener por silencio administrativo licencias o autorizaciones contra legem o en contra del ordenamiento jurídico, ya que tal argumentación se refiere a supuestos distintos y, como hemos visto, lo único que puede impedir el juego del silencio positivo por el transcurso del plazo máximo en resolver, en los procedimientos iniciados de instancia o de parte, es que exista norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario que prevea para el caso el efecto negativo del silencio, lo cual no ocurre en el caso de autos.

Como señala con acierto el Ministerio Fiscal, la exposición de motivos de la ley 30/92 anuncia que el silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico formal, sino la garantía que impida que los derechos de particulares se vacíen de contenido cuando Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado. Esta garantía, exponente de una Administración en la que de primar la eficacia sobre el formalismo, solo cederá cuando exista un interés general prevalente o, cuando realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista. Así, la sentencia de la Sala Tercera de 2-2-2012 precisa que el silencio administrativo pueda tener lugar ante cualquier clase de solicitud, siempre que su contenido sea real y posible desde el punto de vista material y jurídico."

2.- También en nuestra anterior sentencia recordamos que esa doctrina comportaba el seguimiento de la genuina interpretación que del silencio administrativo positivo venía haciendo la Sala Tercera de este Tribunal de la que la STS -3ª- de 25 de septiembre de 2012 (Rec. 4332/2011) resultaba ejemplo paradigmático al establecer: *«una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto, que según el art. 62.1 f) de la Ley 30/92 son nulos de pleno derecho los actos presuntos "contrarios" al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto (nulo) o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecidos por el art. 102, o instar la declaración de lesividad».*

3.- No puede ser otra la interpretación de los preceptos administrativos denunciados en el recurso a la vista de la expuesta jurisprudencia de la Sala 3ª de este Tribunal y de la propia exposición de motivos de la Ley 30/1992 (LRJPAC) que, sobre el silencio positivo, señala *«El objetivo de la Ley no es dar carácter positivo a la inactividad de la Administración cuando los particulares se dirijan a ella. El carácter positivo de la inactividad de la Administración es la garantía que se establece cuando no se cumple el verdadero objetivo de la Ley, que es que los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido. El silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado». En esos idénticos términos se pronuncia la STC 52/2014, de 10 de abril , confirmando que en la norma legal que se aplica el juego del silencio no está en conexión directa con la legitimidad de la solicitud del interesado, sino que aparece como la consecuencia directa del incumplimiento de la obligación legal de la Administración pública de resolver expresamente dentro del plazo máximo fijado a tal fin.*

CUARTO.- 1.- Esa misma regulación se contiene en la actualidad en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) en cuyo artículo 24 Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado y en el que se señala que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, 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; añadiendo que la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento, mientras que 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. *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.*

Añade el precepto que 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.

2.- Esta doctrina no significa que la Sala entienda que, como regla general, pueden obtenerse prestaciones del FOGASA superiores o no previstas en el normativa vigente en cada momento. Antes al contrario: resulta evidente el carácter imperativo del artículo 33 ET. Ocurre, sin embargo, que el citado organismo esta obligado a resolver en el plazo previsto en su propia norma de funcionamiento (Real Decreto 505/1985). *Si no lo hace, es la propia ley (LRJPAC) la que establece que la solicitud del interesado ha sido estimada por silencio administrativo - resolución tácita equiparada legalmente a resolución expresa- y es la propia ley la que prevé que, posteriormente, tal resolución presunta no puede dejarse sin efecto por la propia Administración al establecer que "en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo".*

Con ello no queremos decir que el derecho así reconocido no pueda, posteriormente, ser dejado sin efecto; pero, para ello, la propia ley ha previsto que tal operación únicamente puede efectuarse a través de los procedimientos revisorios previstos en las normas legales. El FOGASA, con fundamento en el entonces vigente artículo 62.1.f) LRJPAC (en la actualidad : artículo 47.1 f) LPAC): «serán nulos de pleno derecho:... los actos expesos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición», podrá iniciar el correspondiente procedimiento de revisión del acto presunto a través, en este caso, del artículo 146 LRJS en el que, además de las medidas cautelares que estime oportuno, deberá solicitar la nulidad del referido acto presunto".

CUARTO.- La aplicación de la doctrina anterior al supuesto aquí examinado conduce, tal como interesa el Ministerio Fiscal en su informe, a la desestimación del recurso de casación unificadora interpuesto por el FOGASA y a la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida. Con imposición de costas al organismo recurrente.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), contra la sentencia dictada el 15 de marzo de 2016, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 150/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón, de fecha 4 de noviembre de 2015, recaída en autos núm. 242/2015, seguidos a instancia de D.^a Noelia frente al FOGASA, sobre reclamación de cantidad; confirmar en sus términos la resolución recurrida e imponer las costas al recurrente.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Sebastian Moralo Gallego hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.