



Roj: **STSJ M 13367/2013 - ECLI: ES:TSJM:2013:13367**

Id Cendoj: **28079340062013100765**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **11/11/2013**

Nº de Recurso: **1151/2013**

Nº de Resolución: **779/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ENRIQUE JUANES FRAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**

**SALA DE LO SOCIAL SECCION: 6**

MADRID

C/ GENERAL MARTINEZ CAMPOS, NUM. 27

Tfno. : 91.493.19.46

N.I.G.: 28000 4 0000621 /2001

40126

**ROLLO Nº: RSU 1151/13**

**TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPPLICACION**

**MATERIA: CANTIDAD**

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. **41** de , MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 1017/2012

**RECURRENTE/S: FOGASA**

RECURRIDO/S: Herminia

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID**

En MADRID a once de Noviembre de dos mil trece

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE, DON LUIS LACAMBRA MORERA, DON BENEDICTO CEA AYALA,** , Magistrados, han pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**SENTENCIA nº 779**

En el recurso de suplicación nº **1151/13** interpuesto por el Letrado sustituto del Abogado del Estado en nombre y representación de **FOGASA** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **41** de los de MADRID, de fecha 17-12- 12, ha sido Ponente el **Ilmo. Sr. D. ENRIQUE JUANES FRAGA.**

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Que según consta en los autos nº 1017/12 del Juzgado de lo Social nº 41 de los de Madrid, se presentó demanda por D<sup>a</sup> Herminia contra **FONDO DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA)** en reclamación de **CANTIDAD** , y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **17-12-12** cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*"Que estimando como estimo la demanda formulada por Doña Herminia contra Fondo de Garantía Salarial debo declarar y declaro el derecho de aquella percibir la prestación solicitada del Fondo de Garantía Salarial por extinción del contrato de trabajo que deberá cuantificar conforme a Derecho, dejando sin efecto la resolución expresa dictada el 1 de julio de 2011".*

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

*PRIMERO.- Doña Herminia vino prestando servicios para la empresa Icuatro, S.A desde el 4 de enero de 1999 con categoría de Auxiliar Administrativo, hasta el 21 de febrero de 2011.*

*SEGUNDO.- El 4 de marzo de 2011 Doña Herminia presentó solicitud ante el Fondo de Garantía Salarial reclamando las prestaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo, consistente en el 40% de la indemnización correspondiente.*

*TERCERO.- El 1 de julio de 2011 se dictó resolución denegatoria por haber afectado la extinción, en un periodo de 90 días, al menos a 10 trabajadores sin que se ha seguido el procedimiento de extinciones colectivas.*

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandado, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose señalado para votación y fallo el día 6.11.13.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Recurre en suplicación el letrado sustituto del Abogado del Estado en representación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL contra la sentencia de instancia, que ha estimado la demanda de la actora declarando su derecho a percibir la prestación solicitada de dicho organismo por extinción del contrato de trabajo que deberá cuantificar conforme a derecho, dejando sin efecto la resolución expresa dictada el 1 de julio de 2011.

La sentencia de instancia ha apreciado que el FOGASA ha resuelto de forma presunta y mediante silencio administrativo positivo - por transcurso del plazo de tres meses para la resolución del expediente - la solicitud de la actora por la que pedía al FONDO la prestación por la extinción de su contrato de trabajo consistente en el 40% de la indemnización correspondiente. Se razona en la sentencia que al operar el silencio administrativo positivo con fecha 4 de junio de 2011 , la resolución expresa dictada el 1 de julio de 2011 carece de eficacia por ser denegatoria de la petición y por tanto contraria a la resolución presunta anterior. Esa resolución denegatoria expresa se basaba en que la extinción había afectado en un período de 90 días al menos a 10 trabajadores sin haber seguido el procedimiento de extinciones colectivas.

Frente a ello el FOGASA articula un único motivo de recurso amparado en el art. 193.c) de la LRJS en el que alega la "infracción del art. 33.8 del Estatuto de los Trabajadores , art. 43.2 de la ley 4/99 que modifica la ley 30/92, art. 62 de la ley 30/92 en la redacción dada por la ley 4/99".

El art. 43 de la LRJPAC, ley 30/92 modificada por ley 4/99, establece que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieren deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo según proceda, sin perjuicio de la obligación de la Administración de dictar resolución en forma expresa. 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, estableciendo determinadas excepciones que no pueden ser de aplicación al presente litigio. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. Asimismo se dispone que en los casos de silencio administrativo positivo, la resolución expresa posterior a la producción del acto solo podrá dictarse de ser confirmatoria de dicho acto.

No hay duda de la aplicabilidad de la ley 30/92 a los procedimientos administrativos tramitados por el FOGASA a la vista del art. 2.2 de la citada ley , ni tampoco cabe cuestionar el plazo de tres meses para la resolución del expediente tal como dispone el art. 28.7 del RD 505/85 de 6 de marzo . Siendo así, ha de aceptarse que el silencio administrativo tiene carácter positivo, ya que no hay norma con rango de ley ni norma de derecho comunitario europeo que establezca lo contrario. En el recurso se sostiene que la excepción al carácter positivo del silencio está en el art. 33.8 del ET en relación con lo dispuesto en los arts. 51 y 52.c) del ET , pero esta tesis no puede aceptarse, ya que esos preceptos no se ocupan del valor del silencio administrativo ni por tanto pueden esgrimirse como excepción a la regla general del carácter positivo de dicho silencio. Tales preceptos



servirían en su caso para sustentar la denegación de la petición o solicitud de la actora por razones sustantivas o materiales, pero ello tropieza con el dato de que al haber recaído resolución estimatoria por silencio con pleno valor de acto que finaliza el procedimiento, esa resolución presunta no puede ya dejarse sin efecto por otra posterior y expresa, puesto que no puede dictarse ya resolución expresa que no sea confirmatoria de la presunta.

Alega el recurrente el art. 62 de la LRJPAC en su redacción dada por ley 4/99 según el cual son nulos de pleno derecho los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Pero si fuera así - es decir, si la estimación presunta adoleciera de esa clase de nulidad - para conseguir la nulidad del acto habría que seguir el trámite del art. 102 de la propia LRJPAC, que exige dictamen favorable del Consejo de Estado antes de la declaración de la nulidad. No es posible, como antes se ha razonado, la simple revocación del acto presunto por otro acto expreso dictado fuera de plazo en el mismo procedimiento.

Lo anterior queda corroborado por la jurisprudencia de la Sala 3ª del TS de lo contencioso - administrativo, así la sentencia - citada en el escrito de impugnación - de fecha 25 de septiembre de 2012 (rec. 4332/11) declara lo siguiente:

*"Dicho esto, las razones de la sentencia de instancia se atienen a nuestra jurisprudencia, de la que son ejemplo nuestras Sentencias de 15 de marzo de 2.011 y las dos de 17 de julio de 2012 ( recursos 3347/2009 , 5.627/2010 y 95/2012 ), que enfatizan que el silencio administrativo positivo, según el artículo 43 de la Ley 30/1992 , tiene todos los efectos propios o característicos que tendría un acto que concluya un expediente, salvo el de dejar formalmente cumplido el deber de resolver, de ahí que el apartado 4.a) de este precepto disponga 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. De modo que una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto estimatorio, pues, si bien es cierto, que según el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992 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 las garantías de seguridad y permanencia de que, al igual que los actos expresos, gozan los actos producidos por silencio positivo, conduce a que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto nulo o anulable la Administración debe seguir, como si de un acto expreso se tratase, los procedimientos de revisión establecidos por el artículo 102, o instar la la declaración de lesividad, y no, como efectuó la Administración y parece pretender la recurrente, haciendo supuesto de la disconformidad a Derecho del acto ganado por silencio con ocasión del dictado de la resolución expresa posterior y de su posterior alzada; garantía que tampoco existe para los actos expresos."*

Por todo lo razonado, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución ,

#### FALLAMOS:

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto el letrado sustituto del Abogado del Estado en representación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid en fecha 17-12-12 en autos 1017/2012 seguidos a instancia de Dª Herminia contra el recurrente, y en consecuencia confirmamos dicha sentencia. La parte recurrente deberá abonar al letrado del actor la suma de 600 € en concepto de honorarios por la impugnación del recurso.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220 , 221 y 230 de la L.R.J.S , advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, pudiéndose sustituir esta última consignación por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **1151-13** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Español de Crédito, oficina 1026 de la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación para la unificación de doctrina contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificado por el RDL 3/13, de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de



casación para la unificación de doctrina habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma; tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día

por el/la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ