



Roj: **STSJ M 16996/2013 - ECLI: ES:TSJM:2013:16996**

Id Cendoj: **28079340062013100879**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **02/12/2013**

Nº de Recurso: **1181/2013**

Nº de Resolución: **853/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS LACAMBRA MORERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34002650

NIG : 28.079.00.4-2012/0010062

Procedimiento Recurso de Suplicación 1181/2013

MATERIA: RECLAMACION DE CANTIDAD .

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 30 de MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 987/12

RECURRENTE/S: FONDO DE GARANTIA SALARIAL

RECURRIDO/S: D. Nazario

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En Madrid, a dos de diciembre 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, BENEDICTO CEA AYALA** , Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 853

En el recurso de suplicación nº **1181/13** interpuesto por el ABOGADO DEL ESTADO en nombre y representación de **FONDO DE GARANTIA SALARIAL** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **30** de los de MADRID, de fecha **23 DE ENERO DE 2013** , ha sido Ponente el **Ilmo. Sr. D. LUIS LACAMBRA MORERA**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº **987/12** del Juzgado de lo Social nº **30** de los de Madrid, se presentó demanda por D. Nazario contra, **FONDO DE GARANTIA SALARIAL** en reclamación de **RECLAMACION DE CANTIDAD**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **23 DE ENERO DE 2013** cuyo fallo es del tenor literal siguiente: " *Que, estimando la demanda interpuesta como parte actora, por*



Nazario contra FOGASA condeno a la entidad de garantía salarial a abonar al abono de la cantidad reclamada de 10.831,59 euros."

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

" 1.- La parte actora Nazario , ha prestado servicios a la empresa ICUATRO SA, desde 11.4.1993 con salario de 3.230,10 euros según las nóminas aportadas en la documental, hasta que en fecha 21.2.2011 en que fue cesado por carta de despido objetivo en aplicación de los art. 51 52 del estatuto de los trabajadores aportada con la documental y por reproducida reconociéndole indemnización de 41.451,37 euros correspondientes al 60% de la indemnización de 20 días año con el máximo de doce mensualidades remitiendo al trabajador al FOGASA para percibir el 40% restante, importe que fue fijado por las partes de común acuerdo en 10.831,59 euros.

2.- Solicitó del FOGASA la prestación de garantía salarial indicada el 8.3.2011 que le fue denegada el 1.7.2011 mediante resolución unida al expediente alegando que había existido despido colectivo sin que se siguieran los trámites correspondientes.

3.- El 21.2.2011 según el informe vida laboral que aporta la demandada en el expediente instruido, que se tiene por reproducido causaron baja los 23 trabajadores de la plantilla."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, 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 veintisiete de noviembre de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En el recurso que el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA) formula contra la sentencia de instancia, amparado en motivo del art. 193, c) de la LRJS , se denuncia infracción de los arts.33.8 del ET , y 43.2 y 62 de la Ley 30/1992 , siendo antecedentes del caso, declarados así en el factum, los siguientes:

1.- El trabajador demandante fue despedido el 21-2-2011 por causas objetivas, reconociéndosele por la empresa para la que había prestado servicios una indemnización de 41.451,37 euros, correspondientes al 60% de la indemnización de 20 días de salario por año con el máximo de 12 mensualidades, quedando pendiente el pago del 40% restante, por importe de 10.831,59 euros, a cuyo fin aquel solicitó del FOGASA dicha cantidad el día 8-3-2011.

2.- El referido Organismo dictó resolución el 1-7-2011 denegando la prestación por haber existido despido colectivo sin seguirse los trámites correspondientes. Consta que el 21-2-2011 y según el informe de vida laboral de la demandada en el expediente instruido, causaron baja los 23 trabajadores de la plantilla de la empresa.

La sentencia considera que, al haber transcurrido en exceso el plazo de tres meses para resolver la petición que regula la norma reglamentaria, opera el silencio administrativo positivo y en consecuencia se ha de entender estimada la solicitud inicial, por lo que reconoce el derecho a percibir la cantidad reclamada en el importe reclamado, que no es controvertido entre las partes.

Alega el FOGASA que la estimación de la demanda en virtud del silencio administrativo constituiría acto contrario a la ley (art. 33 del ET) y, por ello, nulo de pleno derecho ex art. 62 de la Ley 30/1992 , ya que para la validez del silencio positivo no basta con que el interesado cumpla con los requisitos formales de la solicitud, sino los sustantivos que regula la normativa de su objeto, como son en el presente caso, además del citado art. 33 del ET , los arts. 51 y 52 del mismo Cuerpo Legal . Añade así mismo que las reformas legales sobre el silencio administrativo tienen por ahora escasa efectividad, prácticamente reducida hasta que no sean incorporadas al régimen legal respectivo, concluyendo en que el FOGASA no tiene en el presente caso responsabilidad alguna con base en el art. 33 del ET , norma que no permite la aplicación del silencio administrativo positivo para el reconocimiento de las prestaciones solicitadas.

SEGUNDO. - Para resolver la cuestión litigiosa se ha de partir de lo prescrito en el art. 43.1 de la Ley 30/1992 , modificado por el número dos del artículo 2 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre , de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio («B.O.E.» 23 diciembre), con vigencia de 27 diciembre 2009, a cuyo tenor *"e n 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 que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario"*

(...)

A su vez, en el apartado 2 de esta misma norma se indica: *"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"*. Las mencionadas disposiciones deben de ser completadas con lo prescrito en el apartado 3 de la misma norma, conforme al cual *"la obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 42 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"*.

(...).

Finalmente la disposición adicional cuarta de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre antes citada, señala que *"a los efectos previstos en el primer párrafo del artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de acuerdo con la redacción dada por la presente Ley, se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquéllos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto"*.

Pero es lo cierto que, como manifiesta la sentencia de instancia, ninguna norma, ni de derecho comunitario, ni de derecho nacional con rango de ley-tampoco el R.D. 505/1985, de 6 de marzo-establece que la falta de resolución equivalga a silencio administrativo negativo, de forma que al haber transcurrido el plazo de tres meses referido en el art. 28, siete, de esta última disposición reglamentaria (*"el plazo máximo para dictar resolución en primera instancia será de tres meses, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud"*) ha de considerarse la solicitud en forma positiva, pese a que casi un mes después del 8-6-2011 en que venció dicho plazo, se dictara por el FOGASA resolución desestimatoria.

En consecuencia, dicha resolución ya no sirve para iniciar el procedimiento judicial en el entendimiento de que el acto administrativo objeto de impugnación es la denegación de la prestación solicitada, pues previamente el FOGASA había dejado transcurrir el plazo legal en el que ha de darse oportuna respuesta, en un sentido u otro, pues, como dice el art. 43.3 de la Ley 30/1992, *"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"*.

TERCERO.- Señala la STS (Sala Tercera) de 15-3-2011 (rec. 3347/2009), invocada por la parte demandante en su escrito de impugnación del recurso, que *"el silencio administrativo positivo, según el artículo 43.3 de la Ley 30/1992, tiene todos los efectos propios o característicos que tendría un acto finalizador del expediente, salvo el de dejar formalmente cumplido el deber de resolver; de ahí, el apartado 4.a) en la redacción actual, dispone 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 "*. Indicando a su vez esta misma sentencia que:

"Ahora bien, una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar como realiza el Tribunal de instancia, un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, 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, según declaramos, entre otras, en nuestra sentencia de uno de abril de dos mil cuatro, recaída en el recurso de casación 1602/2000, que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecido por el artículo 102, o instar la declaración de lesividad".

Y abundando en idéntico criterio, la STS (Sala Tercera) de 25-9-2012 (rec. 4332/2011), que cita jurisprudencia anterior, señala:

"(...) 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 ese 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 30/1.992 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 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".

CUARTO .- En razón de todo lo expuesto, ha de concluirse en que por el Juzgado de instancia no se han infringido los preceptos citados, por lo que se confirma su pronunciamiento, debiendo imponerse las costas al recurrente, que no goza del beneficio de justicia gratuita (art. 235.1 de la LRJS).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación número 1181 de 2013, ya identificado antes, confirmando la sentencia de instancias. El FONDO DE GARANTÍA SALARIAL abonará al letrado que impugnó el recurso 600 euros en concepto de honorarios profesionales.

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. 229.1b) 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 **1181/13** 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.