



Roj: **STS 2908/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2908**

Id Cendoj: **28079140012018100657**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/06/2018**

Nº de Recurso: **2871/2017**

Nº de Resolución: **646/2018**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 6840/2017,**
STS 2908/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2871/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 646/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Angel Blasco Pellicer

D^a. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 19 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Aurelio , representado y defendido por el Letrado Sr. Fernández-Montesinos Aniorte, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 29 de mayo 2017, en el recurso de suplicación nº 1326/2017 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 3 de noviembre de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Tarragona , en los autos nº 818/2015, seguidos a instancia de dicho recurrente contra el Fondo de Garantía Salarial, sobre reclamación de cantidad.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Fondo de Garantía Salarial, representado y defendido por Abogado del Estado

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 3 de noviembre de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Tarragona, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que DESESTIMANDO la demanda en reclamación de



cantidad interpuesta por D. Aurelio , con N.I.E. nº NUM000 , contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos de la parte actora».

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«PRIMERO.- La parte actora D. Aurelio , prestó servicios para la empresa SANTANA AYALA, S.L., desde el 14-12-2011, con la categoría profesional de Ayudante de Camarero, percibiendo un salario mensual con inclusión de prorrata de pagas extras de 1.441,52 euros.(docum. nº 4 a 12 de la parte actora, expediente administrativo).

SEGUNDO.- Por Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona, de fecha 20-6-2014 , sobre cantidad, se condenó a la empresa SANTANA AYALA, S.L., a abonar al demandante la cantidad de 27.868,33 euros, en concepto de salarios adeudados desde enero de 2012 a septiembre de 2013, más 2.786,83 euros de interés moratorio. (docum. nº 4 a 12 del actor, expediente administrativo).

TERCERO.- Por Auto del Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona, de 28-7-2014 , se despacha la ejecución general de la Sentencia, iniciándose el embargo de bienes de la parte ejecutada en cantidad suficiente para cubrir el principal de 30.655,16 euros, más las cantidades de 3.065,52 euros de interés y 3.065,52 euros de costas.

Por Decreto de esa misma fecha, se declara incurso en la vía de apremio a la empresa SANTANA AYALA, S.L., por un principal de 30.655,16 euros, sin perjuicio de intereses y costas en su caso. (expediente administrativo).

CUARTO.- Por Decreto de dicho Juzgado de 3-10-2014, se declara a la empresa SANTANA AYALA, S.L., en situación de insolvencia por importe de 30.655,16 euros. (expediente administrativo).

QUINTO.- Iniciado expediente ante el FOGASA en fecha 5-1-2015, por resolución de 30-7-2015, se reconoció el derecho del actor a percibir la cantidad de 5.766,00 euros en concepto de salarios, en atención a un salario módulo de 48,05 euros. Dichas cuantías estaban sujetas a los límites legales. (expediente administrativo, hecho admitido por el actor)».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia con fecha 29 de mayo de 2017 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que DESESTIMANDO el recurso de suplicación interpuesto por el Sr. Aurelio contra la sentencia dictada en fecha 3 de noviembre de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Tarragona en los autos nº 818/2015, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución. Sin costas».

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Fernández-Montesinos Anierte, en representación de D. Aurelio , mediante escrito de 19 de julio de 2017, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 10 de octubre de 2016 .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 23 de noviembre de 2017 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO .- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de que interesa que se declare la procedencia del presente recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 12 de junio de 2018, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se plantea en el presente recurso de casación unificadora el efecto jurídico que despliega el silencio administrativo positivo en orden al reconocimiento y pago de las prestaciones de garantía salarial por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA).

2. Las circunstancias litigiosas que merecen destacarse en orden a resolver las cuestiones deducidas en este recurso son las siguientes: 1) Por Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona, de fecha 20-6-2014 , sobre cantidad, se condenó a la empresa SANTANA AYALA, S.L., a abonar al demandante la cantidad de 27.868,33 euros, en concepto de salarios adeudados desde enero de 2012 a septiembre de 2013, más 2.786,83 euros de interés moratorio. 2) El Auto de 28-7-2014 despacha la ejecución general de la Sentencia, iniciándose el embargo de bienes de la parte ejecutada en cantidad suficiente para cubrir el principal de 30.655,16 euros, más las cantidades de 3.065,52 euros de interés y 3.065,52 euros de costas. 3) Por Decreto de 3-10-2014,



se declara a la empresa en situación de insolvencia por importe de 30.655,16 euros. 4) Iniciado expediente ante el FOGASA en fecha 5-1-2015, por resolución de 30-7-2015, se reconoció el derecho del actor a percibir la cantidad de 5.766,00 euros en concepto de salarios, en atención a un salario módulo de 48,05 euros. Dichas cuantías estaban sujetas a los límites legales con arreglo a los datos obrantes en el expediente administrativo.

3. La demanda formulada por el trabajador fue desestimada por el Juzgado de lo social. La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña dicta sentencia el 29 de mayo de 2017 (recurso de suplicación nº 1326/2017) desestimando el interpuesto por la parte actora sobre reconocimiento de las prestaciones de garantía salarial en concepto de diferencias salariales. Hace referencia al criterio establecido en pronunciamiento del pleno de la propia Sala, entendiéndose que "tras la estimación de la petición de responsabilidad subsidiaria del FOGASA en caso de insolvencia de la empresa por silencio administrativo positivo, cabe dictar una resolución expresa que, aceptando el derecho subjetivo reconocido por vía de silencio administrativo, lo limite hasta el límite legalmente establecido en el artículo 33 del E.T., como hizo el organismo demandado en la resolución administrativa impugnada."

4. Recurre en casación unificadora la dirección letrada de la parte actora invocando las previsiones del art. 33 ET. Sostiene, en síntesis, que una vez ha transcurrido el plazo de tres meses para el dictado de la resolución por el organismo demandado, debe entenderse que la reclamación ha sido estimada por silencio positivo, y no puede entrar a valorar el fondo en la que emita pasado dicho plazo. La sentencia de contraste que selecciona en sustento de su tesis es la dictada por el mismo Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 10 de octubre de 2016 (rec 5198/2016).

5. El FOGASA impugna dicho recurso considerando en primer término, que existe falta de contradicción como causa de inadmisibilidad del mismo, y, subsidiariamente, que debe ser desestimado pues pretende obtener una prestación al margen de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, aludiendo a una situación de fraude - que debió haber verificado en la pertinente resolución temporánea y sobre la que tampoco explicita los elementos que pudieron sustentarla-, así como a la no aplicación de sentencias posteriores de esta Sala dictadas sobre supuestos que entiende diferentes.

El Ministerio Fiscal, con cita de la doctrina unificada, argumenta la procedencia del recurso interpuesto.

SEGUNDO.- 1. Tanto por constituir un presupuesto procesal, cuya concurrencia debemos controlar de oficio, cuanto por haberlo cuestionado el impugnante del recurso, debemos analizar prioritariamente si las resoluciones judiciales enfrentadas son realmente contradictorias.

Comenzamos recordando que el art. 219 LRJS exige -para la viabilidad del RCUD- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, y que el cumplimiento de esta exigencia se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS SG 13/07/17 -rcud 2976/15; 18/07/17 -rcud 1532/15-; y 19/07/17 -rcud 3255/15-), sin que tal contradicción pueda surgir -tan sólo- de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias (SSTS -por ejemplo- 05/07/17 -rcud 2734/15-; 11/07/17 -rcud 2871/15-; y 13/07/17 -rcud 2788/15-) y sin que a la par sea exigible una identidad absoluta entre los supuestos a enjuiciar (SSTS, entre tantas anteriores, 30/06/17 -rcud 3402/15-; 11/07/17 -rcud 2871/15-; y 13/07/17 -rcud 2788/15-).

Pero también debemos referir que si bien el indicado examen de la contradicción normalmente comporta un previo juicio de valor abstracto acerca de la cuestión debatida, de todas formas hay situaciones en las que «la determinación acerca de la igualdad o desigualdad de los presupuestos fácticos requiere simultánea definición sobre el fondo de la cuestión debatida, porque la diversidad o identidad sustancial de los supuestos contrastados únicamente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, con necesidad de expresar de manera frontal la interpretación que se atribuye a la disposición -legal o convencional- de que se trata» (SSTS 09/12/10 -rcud 831/10-; SG 20/10/15 -rcud 1412/14-; SG 23/11/16 -rcud 815/15-; 15/05/17 -rcud 1495/15-).

2. Indicábamos arriba que la sentencia referencial es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 10 de octubre de 2016 (rec 5198/2016). Otorga respuesta al siguiente caso: A) El actor formula demanda contra el **despido** sufrido, siendo declarado improcedente. B) Instada la ejecución de la sentencia, se dicta auto extinguiendo la relación y condenando a la empresa al abono de cantidades por indemnización y salarios de tramitación. C) El empresario fue declarado en situación de insolvencia legal. D) En fecha 3 de octubre de 2014 el demandante deduce solicitud ante el FOGASA. E) El 8 de abril de 2015 el Fondo dicta resolución reconociendo al actor cantidades inferiores a las postuladas por uno y otro concepto. F) Ese reconocimiento parcial es impugnado por el afectado y la sentencia de instancia desestima su pretensión.



La sala de suplicación, con apoyo en la STS de 16 de marzo de 2015 y otros pronunciamientos posteriores, entiende que el silencio positivo ha de desplegar todos sus efectos, impidiendo la valoración de la legalidad intrínseca del acto presunto. Revoca la de instancia y estima la demanda formulada por el actor.

3. Con arreglo a reiterada doctrina de esta Sala, el silencio positivo opera cuando no se ha dictado resolución expresa dentro del plazo de que dispone FOGASA para resolver las solicitudes en reclamación de las prestaciones que debe garantizar a los trabajadores que, como en este caso, han tenido reconocidos en vía judicial unos créditos frente al empleador y éste ha resultado insolvente. Ahora bien, esa doctrina general atiende a las circunstancias fácticas que en ellas se presentaron y a lo que se cuestionó y debatió en las mismas, por lo que es evidente que esas situaciones y debates pueden no estar presentes en otros procesos o resoluciones judiciales que los resuelven y pueden justificar un distinto pronunciamiento y no ser por ellos contradictorios. Y esto es lo que sucede en el presente recurso en el que se cumple el requisito de contradicción.

La sentencia de contraste resuelve un supuesto en el que la parte actora reclamaba del FOGASA las cantidades correspondientes a las reconocidas en el auto dictado en ejecución de sentencia que declaraba el **despido** improcedente, estando la empresa en situación de insolvencia. El trabajador formuló demanda y el Juzgado de lo Social desestimó su pretensión, siendo revocada dicha sentencia por la Sala de suplicación que considera que la falta de resolución en el plazo de tres meses debe entenderse como silencio positivo sin que pueda dictarse resolución fuera de plazo que estime parcialmente la reclamación del trabajador, rechazando el criterio del juzgador de instancia que, partiendo de que no existía más que una sentencia de esta Sala, entra a valorar los topes legales que debe aplicarse, dando validez a la resolución extemporánea. Por tanto, concluye que, dado que se prueba que el demandante pidió al FOGASA las prestaciones concretas derivadas de la ejecución de la interlocutoria de extinción de contrato, en vía de ejecución de sentencia y en cuantías que venían determinadas en la resolución ejecutoria, no cabe limitar ese derecho ganado por silencio positivo.

La contradicción concurre en este caso pues, en ambos supuestos se presenta solicitud ante FOGASA que no es resuelta en plazo legal, planteándose posteriormente demanda en la que se reclama el importe íntegro de las cantidades por indemnización correspondiente a la extinción del contrato y salarios. Así, la sentencia recurrida, partiendo de la existencia del silencio positivo respecto del derecho mismo, en tanto no se dictó resolución expresa dentro del plazo para resolver, valida la de instancia y su resultancia fáctica. Por ello, el Organismo Público, al resolver fuera de plazo, lo que hizo fue confirmar el efecto del silencio positivo, esto es, reconocer el derecho prestacional.

En el supuesto referencial, tan solo se indica que se reclaman las prestaciones derivadas de la indemnización y salarios, declarada la extinción de la relación y la empresa en insolvencia, sin que nada razone sobre el alcance del contenido de dicha solicitud, a la que ninguna referencia se hace a lo largo de la misma.

Con arreglo a lo expuesto es claro que estamos en presencia de pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, tal como requiere el art. 219 LJS. En efecto, el debate en las sentencias comparadas ha sido el mismo, pues en ninguna de ellas se controvertió sobre el alcance y contenido de la solicitud de prestaciones, ni el contenido de la solicitud fue la razón de decidir de una y otra, ni argumento empleado en su favor por el FOGASA.

TERCERO.- En relación con el alcance del silencio positivo existe doctrina unificada por esta Sala, en SSTS de Pleno de 20 de abril de 2017 (rcud 701/2016 y 669/2016) y posteriores, como la de 6 de julio de 2017 (rcud 1517/2016), 27 de septiembre de 2017 [rcud 1876/2016] y 11 de octubre de 2017 [rcud 863/2016], que, por elementales razones de seguridad jurídica, vuelve a serlo en estas actuaciones.

En dichas sentencias se razonaba sobre el silencio positivo en el ámbito de los expedientes administrativos de reclamaciones ante el FOGASA, en los siguientes términos:

a. La normativa aplicable al efecto, recogida en el art. 43.1 , 2 y 3 de la Ley 30/92 -que resulta de indudable aplicación al FOGASA.

b. El alcance del silencio positivo administrativo que viene reconociendo esta Sala, diciendo que " *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*", y siguiendo la interpretación que del silencio administrativo positivo venía haciendo la Sala Tercera de este Tribunal según la cual: *«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 ».

c. Igualmente, se ha considerado la doctrina constitucional que se contiene en 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.

d. Esta regulación es la que se mantiene 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, sobre el "Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado" se 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 para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos que identifica. E igualmente, 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.

e. También se ha puntualizado que " *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 está 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".*

f. Ahora bien, el hecho de que se hayan otorgado derechos superiores o no previstos legalmente, no significa que no puedan dejarse 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 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», 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.- Las precedentes consideraciones, oído el Ministerio Fiscal, nos llevan a estimar el recurso, a casar y anular la sentencia recurrida y a resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de revocar la sentencia de instancia y de estimar la demanda y condenar a la demandada a la cantidad reclamada. Sin costas.

FALLO

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

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Aurelio, representado y defendido por el Letrado Sr. Fernández-Montesinos Aniorte.

2º) Casar y anular la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 29 de mayo 2017, emitida en el recurso de suplicación nº 1326/2017, interpuesto frente a la sentencia dictada el 3 de noviembre de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Tarragona, en los autos nº 818/2015, seguidos a instancia de dicho recurrente contra el Fondo de Garantía Salarial, sobre reclamación de cantidad.

3º) Resolviendo el debate de suplicación, estimar el recurso de tal clase formulado por la parte actora en el sentido de revocar la sentencia de instancia y estimar la demanda para condenar al Fondo de Garantía Salarial al pago de la cantidad de 24.889'16 euros.

4º) No realizar imposición de costas como consecuencia del presente recurso.

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

Así se acuerda y firma.