



Roj: **STS 2468/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2468**

Id Cendoj: **28079140012018100596**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2018**

Nº de Recurso: **2661/2017**

Nº de Resolución: **620/2018**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 5164/2017,**
STS 2468/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2661/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 620/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 12 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), representado por el abogado del Estado, contra la sentencia dictada el 6 de abril de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, en el recurso de suplicación núm. 2579/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Almería, de fecha 14 de abril de 2016, recaída en autos núm. 317/2014, seguidos a instancia de D. Daniel contra el FOGASA, en reclamación de cantidad.

Ha sido parte recurrida D. Daniel, representado y defendido por el letrado D. Juan Antonio Luque Martínez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de abril de 2016 el Juzgado de lo Social nº 4 de Almería dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

« **1º.** - PRIMERO.- La parte actora, D. Daniel, mayor de edad, con DNI nº NUM000, ha venido prestando sus servicios retribuidos por cuenta y bajo la dependencia de la empresa INVERSIONES PLÁSTICAS TPM



AGRÍCOLA SA, con antigüedad de 12-9-1997, en el puesto de trabajo identificado como "REBOBINAD" y percibiendo un salario real diario de 70,69 euros, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

2º. - El día 1-3-2012, la delegación provincial de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía dictó resolución por la que autorizó la extinción de la relación laboral de los 154 trabajadores que tenía la empresa INVERSIONES PLÁSTICAS TPM AGRÍCOLA SA en todos los centros de trabajo de Almería. En dicho ERE extintivo se había alcanzado un acuerdo entre trabajadores y empresa en fecha 9 de febrero de 2012, consistente en el reconocimiento de una indemnización a todos los trabajadores de 45 días de salario por año de servicio y hasta un máximo de 42 mensualidades, calculada sobre el salario actual que percibía cada trabajador en situación normal de prestación de servicios.

3º.- La empresa citada se encontraba en situación de concurso voluntario de acreedores que se tramitaba en el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia, habiéndose dictado sentencia de 2-3-2012 por la que se declara incumplido el convenio de acreedores aprobado por Sentencia de 11-4-06 decretándose la apertura de la fase de liquidación de la citada mercantil. En virtud de ello, la administración concursal emitió una certificación de fecha 25-4-2012 en la que se decía que el actor estaba incorporado como acreedor de la empresa y que se le adeudaban los siguientes importes: -Crédito contra la masa Art. 84.2 LC : 39.690,71 E, correspondientes a indemnización según Resolución de fecha 1-3-2012 de la Consejería de empleo de la Junta de Andalucía, Delegación Provincial de Almería. -Crédito contra la masa Art. 84.2 LC : 7.619,11 euros correspondientes a salarios netos (9.218,74 euros brutos), según el siguiente desglose: Salarios junio 2011: 1.461,98 euros (1.832,46 euros brutos). Salarios julio 2011: 1.461,98 euros (1.832,46 euros brutos). Paga Extra julio 2.011: 1.306,57 euros (1.501,80 euros brutos), Paga Extra diciembre 2.011: 762,16 euros (876,05 euros brutos). Salarios febrero 2.012: 1.461,98 euros (1.832,46 euros brutos). Salarios marzo 2.012: 48,73 euros (61,08 euros brutos). Finiquito: 1.115,71 euros (1.282,43 euros brutos).

4º. - En fecha 23 de mayo de 2012, se presentó por al actor solicitud de prestaciones al FOGASA. Iniciado el expediente, la Secretaría general del FOGASA dictó resolución de fecha 23 de diciembre de 2013 por la que reconoció el derecho del actor a percibir del FOGASA la cantidad de 28.119,21 euros, de los cuales 20.500,10 euros correspondían a indemnización calculada a razón de 20 días por año con un módulo de cálculo de 70,69 euros diarios, y 7.619,11 euros correspondientes a salarios, quedando así agotada la vía administrativa.

5º.- Frente a esta resolución se interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social el día 5 de marzo de 2014.

6º.- Existen otras 92 demandas más planteadas sobre la misma cuestión -Hecho no controvertido-».

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: «Que, estimando parcialmente la demanda formulada por D. Daniel frente al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo condenar y condeno al ente público demandado a que abone al actor, en concepto de prestación por salarios debidos, la cantidad de 1.599,63 euros».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la Abogacía del Estado y por la representación del actor ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, la cual dictó sentencia en fecha 6 de abril de 2017, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que, desestimando el Recurso de Suplicación interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial y estimando, por el contrario el interpuesto por D. Daniel contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Almería, en fecha 14 DE Abril de 2016, en Autos núm. 317/14, seguidos a instancia del trabajador D. Daniel, en reclamación de MATERIA LABORAL INDIVIDUAL, contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debemos revocar y revocamos la Sentencia recurrida, reconociendo al actor el derecho a percibir 6.758,10 euros condenando al FOGASA a abonar dicho importe así como al pago de los intereses legales por el periodo correspondiente desde el día que se reclama la suma sobre la base de silencio positivo operado y a contar desde dicha reclamación».

TERCERO.- Por la representación del FOGASA se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Para el primer motivo se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Castilla y León, con sede en Valladolid, en fecha 10 de diciembre de 2015 (RSU 1508/2015). Se funda en el artículo 207 e) de la LRJS, porque considera que la sentencia recurrida ha infringido los artículos 43.1 y 62.1 f) de la LRJPAC y 28.7 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, en relación con el art. 33.1 y 2 ET, y la jurisprudencia.

Por lo que se refiere al segundo motivo, se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Aragón, en fecha 29 de octubre de 2014 (RSU 588/2014). Se funda en el art. 207 e) de la LJS, porque la sentencia impugnada ha infringido el ordenamiento jurídico integrado por el art. 26.1 y 4 del ET, y el art. 91 de la Ley Concursal, en relación con la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y con los demás preceptos citados y con la jurisprudencia.

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso, se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice 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 considerar que el recurso debe ser desestimado.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Granada, de 6 de abril de 2017, dictada en el recurso de suplicación 2579/2016, desestimaba el formulado por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), estimando el interpuesto por el demandante, y, con revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Almería, el 14 de abril de 2016, en los autos 317/2014, reconoce el derecho del actor a percibir 6.758,10 euros, condenando al FOGASA a su abono, con los intereses legales correspondientes.

Las circunstancias a destacar a los efectos que aquí interesan, recogen que la reclamación del actor sobre garantía salarial frente al organismo fue resuelta extemporáneamente, siendo las fechas de tales peticiones las explicitadas en la revisión fáctica que se admite en suplicación: "2/10/2012, con fecha 21/05/2013, con fecha 27/06/2013, y con fecha 01/10/2013", cuestionándose por el Fondo en sede de suplicación la diferencia a abonar entre aquel salario neto cuyo pago realizó y el bruto que se le reclamaba.

La Sala de suplicación, para resolver el debate, acude al criterio expresado en anteriores pronunciamientos. Acoge al efecto la doctrina unificada que cita (STS 16 de marzo de 2015 dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina), declarando que el citado art. 28.7 dispone que el plazo máximo para que el FOGASA dicte resolución "será de tres meses, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud", y con relación al salario regulador, reseña también otros pronunciamientos optando por el importe bruto, además del pertinente abono de intereses.

2.- Frente a la citada sentencia se ha interpuesto por la parte demandada recurso de casación para la unificación de doctrina que estructura en dos motivos.

El primero se circunscribe a la eficacia del silencio administrativo positivo y selecciona de contraste, en el plazo otorgado al efecto, la STJS de Castilla-León (Valladolid) de 10 de diciembre de 2015 (rec 1508/2015).

En el segundo pone sobre la mesa la disyuntiva entre las cantidades netas y las brutas, cuando la empresa está en situación de concurso. La referencial es la STS de Aragón de 29 de octubre de 2014 (rec. 588/2014).

3.- El Ministerio Fiscal informa, respecto del primer punto, la falta de contradicción, interesando subsidiariamente su desestimación. Para el segundo, partiendo de la concurrencia de contradicción, argumenta sobre la desestimación del recurso.

El impugnante, señalando la inexistencia de contradicción, interesa la confirmación de la sentencia recurrida con la correlativa imposición de costas.

SEGUNDO .- 1.- En el primer motivo casacional -cuyo núcleo es el alcance del silencio administrativo positivo-, denuncia el FOGASA la vulneración del bloque normativo existente en torno a los arts. 43 y 62.1.f) Ley 30/1992, 28.7 RD 505/1985, 33. 1 y 2 ET y la jurisprudencia, desarrollando suficientemente su pertinencia y fundamentación. Para abordarlo acudiremos al criterio adoptado por la Sala en precedentes resoluciones.

Así, en Auto de 8 de febrero de 2018 (rec 1662/2017), en el que al igual que sucede en el ahora enjuiciado, el recurso se centra en el silencio positivo aplicado por la recurrida, acordamos que, sin necesidad de examinar la contradicción alegada, debe ser inadmitido por falta de contenido casacional, al ser la sentencia recurrida la que resuelve con arreglo a la doctrina de la Sala establecida por la STS 16/03/2015 (R. 802/2014), que reiteran las SSTS de Pleno de 20/04/2017 (R. 669 y 701/2016) y otras muchas dictadas con posterioridad, según el cual la resolución expresa -desestimatoria de la pretensión- dictada en plazo superior a los 3 meses establecidos en el RD 505/1985 carece de eficacia para enervar el derecho del administrado ganado anteriormente por silencio positivo. La Sala señala que el silencio administrativo positivo constituye una resolución administrativa tácita que despliega plenos efectos e impide que una resolución expresa posterior deje sin efecto lo reconocido por aquélla y que el hecho de que lo solicitado y reconocido por silencio exceda de lo previsto legalmente, puede dar lugar a que el Fogasa pueda proceder a la revisión de oficio de conformidad con la normativa aplicable (art. 146 LRJS). Por tanto, la pretensión deducida en el recurso no puede prosperar, pues la función institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina es procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico por los órganos judiciales del orden social. De ahí que, conforme a lo recogido en el art. 225.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, puedan inadmitirse por falta de contenido casacional los recursos que se interpongan contra sentencias cuyas decisiones sean coincidentes con la doctrina sentada por esta Sala del Tribunal Supremo [AATS 01/10/2014 (R. 1068/2014), 07/10/2014 (R. 1062/2014), entre otros



y SSTS 29/04/2013 (R. 2492/2012), 17/09/2013 (R. 2212/2012), 15/01/2014 (R. 909/2013), y 10/02/2015 (R. 125/2014) entre otras].

En relación con el alcance del silencio positivo, la cuestión efectivamente ha sido unificada por esta Sala en SSTS de Pleno de 20 de abril de 2017 [rcud 701/2016 y 669/2016] y posteriores, que resultan respetadas por la sentencia recurrida. Recuérdese igualmente que las sentencias tienen por naturaleza la condición de declarativas y retroactivas, a diferencia de las leyes y el resto de normas que tienen, salvo que dispongan otra cosa, efectos solo prospectivos (no retroactivos) por su condición de fuentes de creación del derecho - arts. 1 y 2.3 del Código Civil - (STS 7 de febrero de 2002, rcud 2129/2001), entre otras. En aquéllas decíamos:

a. La normativa aplicable al efecto es la recogida en el art. 43.1 , 2 y 3 de la Ley 30/92 , 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, legítima 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 la 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 ".

Dado que los parámetros objeto de comparación son similares en el presente supuesto, hemos de concluir igual falta de contenido casacional del motivo referido, si bien en esta fase procesal en la que nos encontramos se transforma en causa de desestimación (SSTS 01/12/16 -rcud 1705/14 -; 02/12/16 -rcud 661/14 -; y 05/12/16 -rcud 3832/15 -].



2.- Para el segundo motivo, atinente a si, estando la empresa en situación de concurso, las cantidades a abonar por el Fondo deben ser las fijadas en su importe bruto o neto, identifica el recurrente como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Aragón, de 29 de octubre de 2014, recurso 588/2014 , invocando como preceptos legales infringidos los artículos 26.1 y 4 del Estatuto de los Trabajadores y 91 de la Ley Concursal , en relación con la Ley 38/2011, y la jurisprudencia.

La sentencia de contraste resuelve un supuesto en el que se postula del FOGASA el pago de las cantidades salariales no abonadas por la empresa concursada, habiendo presentado como documentación en vía administrativa un certificado de la Administración concursal en el que se reflejan las cantidades a favor de los demandantes, relacionadas en bruto y neto. El FOGASA, al resolver la solicitud de los demandantes, calcula las cantidades a garantizar sobre el salario neto certificado. La Sala de suplicación considera que el cálculo realizado por FOGASA es ajustado a derecho en tanto que viene a corresponderse con las retenciones ya practicadas por la Administración Concursal y por las que no procedería hacer ninguna otra, sin perjuicio de lo que pueda acontecer en caso de que, finalmente, no se abonasen por las respectivas Administraciones esas retenciones o deducciones, en cuyo caso operaría el principio de automaticidad.

Entre ambas resoluciones concurren la contradicción que exige el art. 219 de la LRJS al resolver en ambos casos similar cuestión y debate, llegando a pronunciamientos opuestos, en tanto que la sentencia recurrida considera que las cantidades a cargo de FOGASA deben obtenerse del salario bruto mientras que la sentencia de contraste considera que deben establecerse sobre el salario neto, siendo que en los dos supuestos se ha emitido certificado por la Administración Concursal diferenciando el importe de salarios netos y brutos.

TERCERO.-1.- El segundo motivo de infracción de norma, como ya se adelantó anteriormente, denuncia como preceptos legales vulnerados los artículos 26.1 y 4 del ET y artículo 91 de la Ley Concursal , en relación con la Ley 38/2011.

Debemos rechazarlo en razón a la virtualidad de la misma doctrina unificada que trascribíamos en el punto precedente acerca del silencio administrativo positivo.

Precisemos aquí que no estamos en el supuesto examinado en nuestra sentencia de fecha 25 de enero de 2018 (rcud 2622/2016), donde no hay debate sobre los efectos del repetido silencio positivo. La sentencia examina el problema planteado, atinente a la obtención de las cantidades a cargo del FOGASA sobre unas deudas empresariales en bruto, y no sobre el neto.

Ahora, sin embargo, el acceso a ese análisis viene vedado al resolver la sentencia de instancia de conformidad con la doctrina unificada de la STS 16 de marzo de 2015 (rec. 802/2014), reiterada por las SSTS de Pleno de 20 de abril de 2017 (rec. 669 y 701/2016). Con arreglo a esa doctrina la resolución expresa -desestimatoria en todo o en parte de la pretensión- dictada en plazo superior a los tres meses establecidos en el RD 505/1985, carece de eficacia para enervar el derecho del administrado ganado anteriormente por silencio positivo, derecho que deberá entenderse reconocido en la dimensión postulada, y así en las cuantías en su importe bruto y no neto.

3. Aplicando el criterio expuesto al ahora objeto de enjuiciamiento, habrá de concluirse la desestimación en su integridad del recurso formulado de acuerdo con lo informado por el Ministerio Fiscal, y confirmar la sentencia impugnada, que ha aplicado la doctrina correcta, declarando su firmeza.

Con imposición de costas a la parte recurrente, incluyendo los honorarios del letrado de la recurrida que impugnó el recurso con el límite cuantitativo legalmente establecido (art. 235 LRJS).

FALLO

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

- 1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial, representado y defendido por la Abogacía del Estado.
- 2) Declarar la firmeza de la sentencia dictada por de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Granada, el 6 de abril de 2017, en el recurso de suplicación 2579/2016 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Almería, de fecha 14 de abril de 2016 , recaída en autos núm. 317/2014, seguidos a instancia de D. Daniel contra el FOGASA, en reclamación de cantidad.
- 3) Imponer las costas al recurrente, incluyendo los honorarios del letrado de la recurrida que impugnó el recurso con el límite cuantitativo legalmente establecido.



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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ