



Roj: **STS 4723/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4723**

Id Cendoj: **28079140012017100913**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2017**

Nº de Recurso: **3629/2016**

Nº de Resolución: **973/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 2551/2016,**
STS 4723/2017

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3629/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 973/2017

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

En Madrid, a 30 de noviembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Fondo de Garantía Salarial, representado y defendido por el Abogado del Estado Don Emilio Jiménez Aparicio, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 27 de septiembre de 2016, en el recurso de suplicación nº 1652/2016, interpuesto frente a la sentencia dictada el 30 de marzo de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón, en los autos nº 906/2014, seguidos a instancia de D. Amador, contra dicho recurrente, sobre impugnación de actos de la administración.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Amador, representado y defendido por el Letrado Sr. Rodríguez Pérez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 30 de marzo de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por



Amador frente al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, que queda absuelto de la pretensión resuelta en esta sentencia».

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:

«1º- El 30/01/2008 don Amador presentó papeleta de conciliación en el Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Huelva frente a la conciliada Gabrielitos S.A., en materia de despido nulo o improcedente de 28 de ese mes y año.

Se celebró la conciliación el 1 de febrero de 2008. La parte conciliada reconoció la improcedencia del despido y ofreció al conciliante una indemnización de 5.835 ?.

El trabajador aceptó el ofrecimiento de la empresa y con ese acuerdo dieron por terminada la relación laboral.

2º- El trabajador promovió procedimiento judicial de ejecución del acuerdo de conciliación.

En la ejecución nº 53/2008 del Juzgado de lo Social nº 3 de Huelva recayó Auto el 22 de abril de 2008 que daba orden general para ejecutar el acuerdo de conciliación, y al efecto se decretó embargo para satisfacer 5.835? de principal y 1.200? para intereses y gastos.

Otra resolución judicial posterior suspendió la ejecución por encontrarse en trámite un procedimiento concursal respecto de la ejecutada.

3º- En el procedimiento concursal nº 70/2008 del Juzgado de lo Mercantil la Administración Concursal reconoció al trabajador un crédito subordinado de 5.835? en concepto de "indemnización por despido según acta de conciliación de fecha 1/2/2008 suscrita ante el UMAC de Huelva".

4º- El 11 de febrero de 2013 el trabajador solicitó del Fondo de Garantía Salarial prestaciones de garantía salarial. Aportó certificado del Administrador Concursal y Acta de Conciliación celebrada en el Centro de Mediación Arbitraje y Conciliación.

El Organismo de garantía dictó resolución el 28 de julio de 2014 denegando el reconocimiento de la prestación bajo el argumento de que "siendo un despido improcedente no se aporta ni sentencia, ni resolución administrativa ni conciliación judicial de conformidad con el art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores ».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictó sentencia con fecha 27 de septiembre de 2016 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Amador contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón, en los autos sobre cantidad seguidos a instancia del recurrente contra el Fondo de Garantía Salarial, revocamos la resolución impugnada y condenamos al Organismo demandado a abonar al actor la cantidad de 5.835 ?.».

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Abogado del Estado Sr. Jiménez Aparicio en representación del Fondo de Garantía Salarial, mediante escrito de 21 de octubre de 2016, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de fecha 7 de diciembre de 2015 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 43.1 y 62.1.f) de la LRJPAC entonces vigente (hoy , arts. 24 y 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), y 28.7 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo , en relación con el art. 33.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 7 de febrero 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 considerar el recurso improcedente.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 28 de noviembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

La cuestión litigiosa consiste en determinar el alcance del silencio administrativo positivo cuando su aplicación conlleva que el FOGASA asuma una responsabilidad que excede de los límites previstos. En el caso, además,



el Fondo ha dictado una resolución extemporánea denegando la prestación solicitada porque el interesado no reúna los requisitos legalmente previstos.

1. Hechos relevantes.

A) El actor en fecha 30/01/2008 presentó papeleta de conciliación frente a la empresa Gabrielitos S.A., en materia de despido nulo o improcedente. En el acto de conciliación de 1 de febrero de 2008 el empleador reconoció la improcedencia del despido, ofreciendo una indemnización de 5.835 €, que fue aceptada por aquél.

B) El trabajador promovió procedimiento judicial de ejecución del acuerdo de conciliación, que fue suspendido por encontrarse en trámite un procedimiento concursal respecto de la ejecutada.

C) En el procedimiento concursal nº 70/2008 del Juzgado de lo Mercantil la Administración Concursal reconoció al trabajador un crédito subordinado de 5.835€ en concepto de "indemnización por despido según acta de conciliación de fecha 1/2/2008 suscrita ante el UMAC de Huelva".

D) El 11 de febrero de 2013 el trabajador solicitó del FOGASA prestaciones de garantía salarial, aportando certificado del Administrador Concursal y Acta de Conciliación.

E) El Organismo de garantía dictó resolución el 28 de julio de 2014 denegando el reconocimiento de la prestación argumentando que "siendo un despido improcedente no se aporta ni sentencia, ni resolución administrativa ni conciliación judicial de conformidad con el art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores".

2. La sentencia recurrida.

A) Frente a dicha resolución formuló demanda la parte actora dictando sentencia desestimatoria el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón.

Planteado recurso de suplicación por el trabajador, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias emite sentencia el 27 de septiembre de 2016 (rec nº 1652/2016).

B) Dicha sentencia estima el recurso de suplicación interpuesto y condena al Organismo demandado a abonar al actor la cantidad de 5.835 euros.

C) Cita en su fundamentación la sentencia de esta Sala Cuarta -de fecha 16 de marzo de 2015 (rcud 802/2014)- acerca de la carencia de eficacia para impedir los efectos del silencio positivo de la resolución expresa (denegatoria) del FOGASA transcurrido el plazo de tres meses desde la fecha de la solicitud.

D) Se remite también a lo expresado por la Sala del TSJ Asturias (sentencia de 13 de noviembre de 2015, rec 1556/2015) sobre la nulidad de pleno derecho de la resolución dictada fuera de plazo desconociendo lo reconocido por silencio administrativo positivo.

3. El recurso de casación y sus escritos correlativos.

A) El Abogado del Estado, en representación del Fondo de Garantía Salarial, mediante escrito de 21 de octubre de 2016, formula recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que alega diversas sentencias contradictorias con la recurrida, seleccionando, tras el plazo dado al efecto, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de fecha 7 de diciembre de 2015 (rec 805/2015).

Denuncia la infracción del art. 43.1 y 62.1.f) de la LRJPAC entonces vigente (hoy, arts. 24 y 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), y 28.7 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, en relación con el art. 33.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores.

B) Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal, partiendo de la existencia de contradicción en los términos del art. 219 LRJS, emite informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado al ajustarse la sentencia a la doctrina unificada de esta Sala, reseñando las sentencias de 16 de marzo de 2015 (antes citada) y de 20 de abril de 2017 (rcud 701/16 y 669/2016).

C) Por el Letrado Sr. Rodríguez Pérez se presentó escrito de impugnación señalando en primer término la ausencia de interés casacional al ser la sentencia recurrida coincidente con la doctrina de esta Sala (identifica la misma sentencia de 2015). Subsidiariamente sostiene la falta de contradicción y por último la desestimación sobre el fondo, alegando que la resolución recurrida no infringe la normativa invocada sino que se ajusta a ella y a la doctrina de esta Sala que invoca, además de que el trabajador reúne los requisitos para obtener las pretensiones que demanda (así el pertinente título).

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

1. Exigencia legal y jurisprudencial.



A) El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013) y 17/06/2014 (R. 2098/2013).

B) Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

C) El requisito de contradicción comporta la necesidad de una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contratadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada. Pero si bien esta labor "normalmente comporta un previo juicio de valor abstracto acerca de la cuestión debatida, hay supuestos en los 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 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 -; 30/01/12 -rcud 2720/10 -; y 19/03/13 -rcud 2334/12 -, entre otras).

2. Examen de la sentencia referencial.

A) La resolución citada de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cantabria de 7 de diciembre de 2015 (rec. 805/2015), aborda un supuesto en el que:

-el actor demandó por despido a su empleadora, llegándose a un acuerdo de conciliación judicial el 28/2/2012 en el que la empresa ofrece 4.000 ? netos en concepto de indemnización por la extinción de la relación laboral.

-dictado el 18 de febrero de 2014 decreto de insolvencia, solicitó el actor el 18 de mayo de 2014 las prestaciones al FOGASA que le fueron denegadas por resolución de fecha 2 de diciembre de 2014, al estar de alta el actor en el régimen general de trabajadores autónomos.

B) La sentencia de instancia estimó que procedía la condena a FOGASA al abono de la cantidad de 2.666,67 ?, que es la cantidad que le corresponde percibir de acuerdo con los topes legales, teniendo en cuenta los conceptos comprendidos en el ámbito de responsabilidad del FOGASA.

C) Recurrió el trabajador al entender que no procede realizar descuento alguno sobre la suma reclamada, pero la Sala concluyó que reconocer al actor más de lo que le corresponde legalmente, con fundamento en la falta de contestación en tiempo por el Organismo demandado a su reclamación, supondría un abuso de derecho.

3. Consideraciones específicas.

Aunque por las razones que seguidamente veremos, no sería necesario en este supuesto el examen del requisito previsto en el art. 219 LRJS , lo cierto es que resulta concurrente.

Así, de las sentencias objeto de comparación se infiere la presentación de solicitud ante FOGASA que no es resuelta en plazo legal, formulándose posteriormente demanda en la que se reclaman determinados importes a cargo del Fondo. Aunque en el caso ahora recurrido la causa de denegación por el mismo es la carencia de título y en el de contraste que el trabajador esté encuadrado en el RETA, en los dos opera el silencio positivo; pero en la sentencia de contraste se somete a los límites legales, y en la recurrida, sin embargo, se reconoce la responsabilidad del Fondo conforme al certificado de la administración concursal.

TERCERO.- Aplicación de la doctrina de la Sala.

A) El recurso del FOGASA argumenta, en esencia, que no resulta posible adquirir por silencio administrativo licencias o autorizaciones contra legem o en contra del ordenamiento jurídico, y que por tanto el fondo no



puede abonar una prestación por encima del límite legal. Sostiene que la aplicación del silencio administrativo positivo, cuando el solicitante no reúne los requisitos para obtener la prestación solicitada, implica que el FOGASA pague por encima del límite legal de su responsabilidad.

B) El alcance del silencio positivo ha sido objeto de examen y enjuiciamiento por esta Sala IV en SSTs de 16 marzo 2015 (rcud. 802/2014) y 4 octubre 2016 (rcud. 2323/2015), en las 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], entre otras.

Tan consolidada está esa doctrina que la STS 11 de octubre de 2017 [rcud 863/2016] considera que concurre ausencia de contenido casacional del recurso de unificación de doctrina entonces interpuesto.

Recordemos al efecto que 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, podrán ser inadmitidos los recursos de casación para unificación de doctrina que carezcan de contenido casacional, esto es, los que se interpusieran 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), entre otras].

C) En aquellas 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 de cobertura es la 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.-Resolución del debate.

A) Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -en línea con lo informado por el Ministerio Fiscal y el de impugnación- que el recurso incurre en la causa de inadmisión referida, que en este momento se torna en causa de desestimación (SSTS 03/04/92 -rcud 1439/91 -; 18/06/14 -rcud 1848/13 -; y 21/07/14 -rcud 2876/13 -).

B) La sentencia recurrida se ajusta a nuestra doctrina y debe declararse su firmeza, aplicando lo previsto por el art. 235.1 LRJS ("la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso"), y dando a las consignaciones que en su caso se hubieren efectuado el destino legal.

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 Fondo de Garantía Salarial, representado y defendido por el Abogado del Estado.
2. Declarar la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 27 de septiembre de 2016, en el recurso de suplicación nº 1652/2016 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 30 de marzo de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón , en los autos nº 906/2014, seguidos a instancia de D. Amador , contra dicho recurrente, sobre prestaciones de garantía salarial.
3. Imponer las costas al organismo recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección 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. Antonio V. Sempere Navarro 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.