



Roj: **STS 4736/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4736**

Id Cendoj: **28079140012017100925**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2017**

Nº de Recurso: **2869/2016**

Nº de Resolución: **965/2017**

Procedimiento: **Social**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AR 796/2016,**  
**STS 4736/2017**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2869/2016

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Social**

##### **Sentencia núm. 965/2017**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D<sup>a</sup>. Rosa Maria Viroles Piñol

D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 29 de noviembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial, representado y defendido por el Abogado del Estado Sr. Jiménez Aparicio, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 17 de junio de 2016, en el recurso de suplicación nº 438/2016, interpuesto frente a la sentencia dictada el 28 de octubre de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 4 de Zaragoza, en los autos nº 126/2015, seguidos a instancia de D. Jose Miguel y D. Antonio, contra dicho recurrente, sobre reclamación de cantidad.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida D. Jose Miguel y D. Antonio, representados y defendidos por el letrado Sr. Maiques Calduch.

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

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 28 de octubre de 2015, el Juzgado de lo Social núm. 4 de Zaragoza, dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos:



«1º.- Los actores D. Jose Miguel y D. Antonio , prestaban servicios por cuenta de la empresa CLUB DEPORTIVO LA MUELA. La empresa CLUB DEPORTIVO LA MUELA adeuda al actor sr. Jose Miguel 1.150 euros por cada uno de los meses de Agosto de 2010 a Noviembre de 2010, 2000 euros por cada uno de los meses de Diciembre de 2010 a Mayo de 2011, y 1.000 euros por incentivos, más 200 euros por plus salarial semanal de Mayo de 2011. En total 17.800 euros. La empresa CLUB DEPORTIVO LA MUELA adeuda al sr. Antonio 900 euros netos por cada uno de los meses de Diciembre de 2000 a Mayo de 2011, y 22 euros por plus semanal del mes de Mayo de 2011. En total 5.600 euros por las mensualidades debidas expuesta en el Hecho anterior.

2º.- Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de Zaragoza de 21-11-13 (autos 944/12) se reconoció a favor del actor el derecho al percibo de la cantidad de 5.600 euros. Por sentencia de 12-3-2013 del Juzgado Social nº 5 de Zaragoza (autos 152/12) se reconoció a favor del sr. Jose Miguel el derecho al cobro de 17.800 euros por las mensualidades debidas expuesta en el Hecho anterior. Por Decreto de 18-6-13 del juzgado Social nº 5 fue declara la insolvencia total de la empresa CLUB DEPORTIVO LA MUELA.

3º.- En fecha 11-11-14 el sr. Jose Miguel presentó solicitud al FOGASA y en fecha 23-5-14 efectuó su solicitud el sr. Antonio . Tramitado expediente NUM000 le fue reconocido al sr. Jose Miguel 0 euros en concepto de salarios, en Resolución de 26-11-14, y e idéntica cantidad por salarios al sr. Antonio en expediente NUM001 en Resolución de 27-11-14.

4º.- Se declara probado que en expediente del FOGASA NUM002 , en Resolución de 3-10-13 se reconoció al sr. Antonio la suma de 3.200,40 euros en concepto de salarios derivados de deudas de CLUB DEPORTIVO LA MUELA por el periodo Marzo a Junio de 2010 más 10 primas, y en este mismo expediente fue reconocido al sr. Jose Miguel la suma de 1.800 euros por salarios debidos de Febrero a Junio de 2010 por CLUB DEPORTIVO LA MUELA».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que estimo la demanda formulada por D. Jose Miguel y D. Antonio , absuelvo a la entidad demandada de las pretensiones formuladas en su contra».

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dictó sentencia con fecha 17 de junio de 2016, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimamos el recurso de suplicación nº 438/2016 , ya referenciado, interpuesto contra la sentencia nº 438/2015, dictada en veintiocho de octubre de dos mil quince por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Zaragoza que revocamos y dejamos sin efecto; estimamos, en parte, la demanda presentada por Jose Miguel y Antonio y condenamos al Fondo de Garantía Salarial, FOGASA, demandado a que pague a Jose Miguel la cantidad de 6.010'80 euros (SEIS MIL DIEZ EUROS CON OCHENTA CENTIMOS) y a Antonio la cantidad de 5.600 euros (CINCO MIL SEISCIENTOS EUROS), absolviéndolo del resto de las peticiones en ella deducidas. Sin costas».

**TERCERO .-** Contra la sentencia dictada en suplicación, el Abogado del Estado en representación del Fondo de Garantía Salarial, mediante escrito de 19 de julio de 2016, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que 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 .

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 16 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 que el recurso debe ser desestimado.

**SEXTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 29 de noviembre de 2017, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.** La cuestión litigiosa consiste en determinar el alcance del silencio administrativo positivo sobre el reconocimiento de cuantías que el Fondo de Garantía Salarial alega exceden de los límites de responsabilidad previstos para el mismo.

**2.** Los hechos esenciales para resolver tal cuestión son los que siguen: 1) los actores obtuvieron sentencias reconociendo las deudas salariales del empleador; 2) la empresa fue declarada en insolvencia en fecha 18 de junio de 2013 ; 3) en fecha 8 de noviembre de 2013 el Sr. Jose Miguel presentó solicitud ante el FOGASA, dictándose resolución desestimatoria el 26 de noviembre de 2014; 4) el Sr Antonio efectuó su petición el 23 de mayo de 2014, obteniendo resolución denegatoria el 27 de noviembre de 2014; 5) en expediente anterior (de octubre de 2010) obtuvieron reconocimiento en concepto de salarios derivados de deudas del empresario.



3 . La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Zaragoza desestimó dicha demanda, siendo recurrida en suplicación por la parte actora. La Sala de lo Social del TSJ de Aragón dicta resolución el 17 de junio de 2016 (rec 438/2016) que estima parcialmente el recurso y condena al FOGASA al abono de la cuantía que señala.

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 dictada cuando ya ha transcurrido el plazo de tres meses desde la fecha de la solicitud. Argumenta que dicha resolución es nula de pleno derecho y que no puede desconocer lo reconocido por silencio administrativo positivo.

4. La legal representación del Fondo de Garantía Salarial 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 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 , y de la jurisprudencia.

5 . 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 que señala que la sentencia recurrida se ajusta a la doctrina unificada de esta Sala (relaciona al efecto la sentencia de 16 de marzo de 2015 antes citada).

Por la representación de la parte actora se presentó escrito de impugnación denunciando la inexistencia de contradicción -que no concurre la necesaria identidad entre las sentencias objeto de comparación-, que falta la relación precisa y circunstanciada de la misma, y en todo caso que el recurso debe ser desestimado al no incurrir la sentencia recurrida en las infracciones denunciadas y resultar coincidente con la doctrina de esta Sala (identifica la misma sentencia de 2015), con la consiguiente imposición de costas.

**SEGUNDO.-** 1. 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 ).

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 ).

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).

Como ha señalado en múltiples ocasiones la jurisprudencia constitucional (por ejemplo, STC 40/2014 ), el recurso de casación para la unificación de doctrina constituye un recurso extraordinario, que, aunque, (...), surta efectos sobre las singulares posiciones jurídicas de las partes presentes en el procedimiento, tiende fundamentalmente a garantizar la homogeneidad de la doctrina de los Tribunales laborales y la primacía jurisdiccional del Tribunal Supremo ( art. 123 C.E. ) ( STC 126/1994 ), teniendo por objeto garantizar la



interpretación uniforme de la Ley y evitar la dispersión doctrinal derivada de la existencia de varios Tribunales Superiores ( STC 89/1998 ). El recurso para su unificación devuelve a la casación su prístino significado, como salvaguardia de la pureza de la Ley más que en interés de los litigantes, sirviendo al principio de igualdad en su aplicación y a la seguridad jurídica, al tiempo que dota de contenido real a la supremacía de su autor, configurada constitucionalmente ( art. 123 C.E. ) ( STC 31/1995 ).

2. 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: 1) 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; 2) 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.

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

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. Se cumple el requisito de contradicción, por cuanto entre ambos casos existen similitudes sustanciales. Así es, en ambos supuestos se presenta solicitud ante FOGASA que no es resuelta en plazo legal, presentándose posteriormente demanda en la que se reclaman determinados importes a cargo del FOGASA; en ambos casos se aplica el silencio positivo si bien en la sentencia de contraste se somete a los límites legales, afirmando que el silencio no puede ser utilizado para obtener derechos contrarios a ley, y en la recurrida se reconoce una cantidad peticionada, que el fondo sostiene supera el límite legal de su responsabilidad.

Con ello es claro que estamos en presencia de pronunciamientos diversos respecto de fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, tal como requiere el art. 219 LJS como presupuesto de admisibilidad del recurso para la unidad de la doctrina, concurriendo la necesaria fundamentación de la contradicción denunciada en el recurso.

**TERCERO.-** 1. Dicho recurso del FOGASA plantea la cuestión de la ineficacia del efecto positivo del silencio cuando el resultado del mismo pueda ser antijurídico, como lo es, a su juicio, que el trabajador acabe obteniendo una cantidad superior a la que resultaría de aplicar los topes del art. 33 ET . Señala que la posición jurídica del FOGASA es análoga a la de un fiador ex lege, citando al efecto la STS de 24 de abril de 2001 (rcud 2102/00 ) y argumenta que no resulta posible obtener por silencio administrativo licencias o autorizaciones contra legem.

2. 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 citada, 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].

3. 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.-1.** Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar 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 -), en línea con el informe del Ministerio Fiscal y lo instado en la impugnación.

**2.** Debe confirmarse dicha resolución, declarando 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 Don Emilio Jiménez Aparicio.

2. Declarar la firmeza de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Justicia de Aragón, de 17 de junio de 2016, en el recurso de suplicación nº 438/2016, interpuesto frente a la sentencia dictada el 28 de octubre de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 4 de Zaragoza, en los autos nº 126/2015.





3. Imponer las costas al organismo recurrente, dando a las consignaciones que en su caso se hubieren efectuado el destino legal.

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. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ