



Roj: **STS 4713/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4713**

Id Cendoj: **28079140012017100903**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2017**

Nº de Recurso: **347/2016**

Nº de Resolución: **946/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 2340/2015,**  
**STS 4713/2017**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 347/2016

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

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

##### **Sentencia núm. 946/2017**

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D.<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D.<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

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

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 (FOGASA), representado y asistido por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada el 13 de noviembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en recurso de suplicación nº 1556/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 23 de abril de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Mieres, en autos núm. 98/2015, seguidos a instancias de Don Arcadio, contra FOGASA y Áridos Bahoto S.L.

Han comparecido como partes recurridas Don Arcadio representado y asistido por el letrado D. José Alberto Alonso Fernández y la empresa Áridos Bahoto S.L., representada y defendida por el letrado Don Armando Díaz García.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 23 de abril de 2015 el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Mieres dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:



«1º.- El actor, Arcadio , ha prestado servicios por cuenta y orden de la empresa demandada desde el 1 de enero de 2009, con la categoría profesional de Oficial de 1ª, hasta el 20 de diciembre de 2013 en que la mercantil procede a extinguir la relación laboral por causas económicas.

En la comunicación extintiva la empresa reconoce a favor del actor una indemnización por importe total de 21.333,92 €, cuyo 60% no se puso a disposición del trabajador alegando la situación económica de la empresa. Ésta fue declarada en concurso en los autos 138/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de Oviedo.

2º.- En la lista de acreedores de la concursada se reconoce al actor en fecha 30 de diciembre de 2013 un crédito salarial por importe de 4.916,39 €, correspondientes a los recibos de salarios devengados desde el mes de marzo a diciembre de 2013.

3º.- El 26 de febrero de 2014 solicitó el actor ante el FOGASA el abono de las todas las deudas referidas.

El 27 de noviembre el Fondo de Garantía dicta resolución reconociendo en favor del actor 18.282,85 € en concepto de indemnización y 3.394,60 € en concepto de salarios.

Por cuenta de la retribución correspondiente al mes de diciembre de 2013 y paga extraordinaria de Navidad de ese año, la empresa abonó al actor el 31 de enero de 2014 la cantidad de 804,83 €.

4º.- Presentó papeleta de conciliación ante la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación el 10 de noviembre de 2014, celebrándose el preceptivo acto conciliatorio el siguiente día 19 con el resultado de intentado sin efecto, e interpuso escrito de demanda en este Juzgado el 19 de febrero de 2015».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando en parte la demanda deducida por Arcadio contra Áridos Bahoto S.L. y el Fondo de Garantía Salarial, debo declarar y declaro haber lugar parcialmente a ella, condenando al FOGASA a que abone al actor la cantidad de 3.768,03 €; desestimando la acción pretendida contra la empresa».

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Fondo de Garantía Salarial ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 13 de noviembre de 2015 , en la que consta el siguiente fallo:

«Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Mieres, dictada en los autos seguidos a instancia de Arcadio contra la entidad recurrente y Áridos Bahoto SL, sobre Cantidad, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada».

**TERCERO.-** Por la representación del Fondo de Garantía Salarial se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) -y tras ser requerida para que seleccionara una sentencia de contraste entre las varias citadas en su escrito de interposición del recurso- el recurrente propone como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 22 de septiembre de 2015, (rollo nº 3029/2015).

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 27 de septiembre de 2016 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de las partes recurridas para que formalizaran 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 el recurso improcedente.

**QUINTO.-** Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 22 de noviembre de 2017, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. El recurso de casación para unificación de doctrina que plantea el FOGASA combate la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que confirma la decisión de la instancia en la que se le condena por las responsabilidades derivadas de insolvencia de la empresa.

En fecha 26 de febrero de 2014 el actor solicitó del fondo el abono de todas las deudas, resolviendo dicho organismo el 27 de noviembre de 2014, reconociendo a su favor 18.282,85 euros en concepto de indemnización y 3.394,60 euros en concepto de salarios.



Disconforme el trabajador con la resolución que no cubría todas las deudas pendientes, interpuso la correspondiente demanda frente al FOGASA y frente a la empresa. Por el Juzgado de lo Social nº 1 de Mieres se dicta sentencia estimándola en parte, pues, del total reclamado, descuenta las cantidades abonadas por la empresa y condena al FOGASA al abono del resto, sin aplicar los límites del art. 33 del Estatuto de los Trabajadores, ello con base en la doctrina de este Tribunal sobre el silencio positivo.

La Sala de suplicación confirma la sentencia de instancia, con cita de la STS/4ª de 16 marzo 2015 (rcud. 802/2014) y, reconociendo que varía en parte su doctrina anterior, «declara que el silencio positivo equivale a la resolución expresa que pone fin al procedimiento; en consecuencia, no cabe entrar a valorar lo resuelto de forma tardía, pues la resolución dictada fuera de plazo es nula de pleno derecho y no puede desconocer lo reconocido por silencio administrativo positivo, ya se trate del reconocimiento del derecho o de las cuantías adeudadas, pues en ambos casos es necesario acreditar unos requisitos y acomodarse a unos límites que no es posible analizar judicialmente, ya que la inactividad de la Administración no puede ser suplida por los Jueces y Tribunales.».

2. El recurso del FOGASA contiene un único motivo, en el que denuncia la infracción de los arts. 43.1 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y 28.7 del RD 505/1985, de 6 de marzo, en relación con el art. 33 del Estatuto de los trabajadores (ET).

Selecciona -en el plazo señalado al efecto- como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 septiembre 2015 (rollo 3029/2015). Dicha sentencia enjuiciaba un supuesto en el que el demandante había solicitado en fecha 29 de noviembre de 2012 las prestaciones de garantía derivadas de sentencia, fue requerido en abril de 2014 para aportar poder de representación, lo que subsanó en junio siguiente, siendo el 18 de diciembre de 2014 cuando el FOGASA dicta resolución denegatoria señalando que la Inspección de Trabajo había declarado inexistente la relación laboral.

3. La sentencia referencial aborda así la cuestión de la contestación expresa por parte del FOGASA en un plazo superior a los tres meses a que se refiere el RD 505/1985 y los efectos del silencio administrativo positivo, y si bien desestima el primer aspecto planteado por el FOGASA con relación a la proyección del silencio positivo sobre el derecho, estima la cuestión relativa a la cuantificación de la responsabilidad que se reclama, concluyendo que deben aplicarse los límites legales (duplo del salario mínimo interprofesional existente a la fecha de la insolvencia provisional con pagas extraordinarias).

4. Concorre, pues, la contradicción que exige el art. 219.1 LRJS, como asimismo sostiene el Ministerio Fiscal, ya que, siendo el núcleo del debate litigioso el de las consecuencias del silencio administrativo positivo, las sentencias comparadas llegan a soluciones completamente opuestas al entender la de contraste que no cabría dar otra solución «que la que legalmente está prevista y que pasa por la aplicación de los límites legales con que opera la responsabilidad del organismo en cuestión.»

**SEGUNDO** .- 1. El 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 abril 2001 (rcud. 2102/2000) 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 STS/4ª de 16 marzo 2015 (rcud. 802/2014) y 4 octubre 2016 (rcud. 2323/2015), en las de Pleno de 20 abril 2017 (rcud 701/2016 y 669/2016) y posteriores, como las de 6 julio 2017 (rcud 1517/2016), 27 septiembre 2017 (rcud 1876/2016) y 11 noviembre 2017 (rcud 863/2016), doctrina que, por elementales razones de seguridad jurídica, debemos reiterar aquí.

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 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» seguíamos 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, hemos considerado la doctrina constitucional contenida en la STC 52/2014, confirmando que 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 art. 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 se indica 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 hemos 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). Por último, poníamos de relieve que, 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».

**TERCERO.-** 1. El mantenimiento de nuestra doctrina comporta, en línea con el informe del Ministerio Fiscal y lo instado por los impugnantes, la desestimación del recurso de casación para unificación de doctrina al ser la sentencia recurrida respetuosa con la misma.

2. De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, se condena en costas a la parte recurrente, dando a las consignaciones en su caso efectuadas 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 desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 13 de noviembre de 2015 (rollo 1556/2015) recaída en el recurso de suplicación formulado por dicha parte contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Mieres de fecha 23 de abril de 2015 en los autos 98/2015 seguidos a instancia de D. Arcadio contra la ahora recurrente y Áridos Bahoto, S.L., con condena a la parte recurrente al abono de las costas del recurso debiendo darse a la consignación el destino legalmente fijado.

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 la Excm. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado de la Administración de Justicia de la misma, certifico.