



Roj: **STS 4391/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4391**

Id Cendoj: **28079140012017100837**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/11/2017**

Nº de Recurso: **3050/2016**

Nº de Resolución: **940/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 2190/2016,**  
**STS 4391/2017**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3050/2016

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. 940/2017**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

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

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

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

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 28 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 defendido por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 19 de julio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en recurso de suplicación nº 1389/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de marzo de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón, en autos nº 858/2014, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> María Dolores contra el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) sobre reclamación de cantidad.

Ha comparecido en concepto de recurrido D<sup>a</sup> María Dolores, representada y defendida por la letrada D<sup>a</sup> María Xulia Fernández Suárez.

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

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 30 de marzo de 2016, el Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por María



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

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

« 1º.- Doña María Dolores presentó cuatro demandas frente a la empresa Esabe Vigilancia SA, en reclamación de salarios, que dieron lugar a otros tantos procedimientos judiciales:

. Procedimiento 874/2011 del Juzgado de lo Social nº 4 de Gijón. Concluyó en sentencia condenatoria al pago de 1.035,45€ en concepto de paga extraordinaria de verano 2011. Siguió Ejecución nº 17/12, que concluyó con Auto que declara la insolvencia de la condenada.

. Procedimiento nº 50/2012 del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón. Concluyó en sentencia condenatoria al pago de 2.310,64€ por los salarios de abril y mayo de 2012. Siguió Ejecución nº 198/12, que concluyó con Auto que declara la insolvencia de la condenada.

. Procedimiento nº 220/2012 del Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón. Terminó en sentencia condenatoria al pago de 899,36€, en concepto de paga extraordinaria de Navidad y horas extraordinarias de 2011. Siguió Ejecución nº 21/2013 y declaración de insolvencia.

. Procedimiento nº 53/2013 del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón. Terminó en sentencia condenatoria al pago de 2.127,67€. La demanda recogía reclamación por los conceptos de deferencias retributivas en las mensualidades de enero a mayo (206,80€), paga de beneficios de 2011/2012 por 1.045,8€, 85 días de salario del mes de junio de 2012 por 1.081,87€ y vacaciones 2012 por 129,82€. Siguió ejecución y declaración de insolvencia.

2º.- La trabajadora promovió cuatro expedientes en solicitud de prestaciones de garantía salarial frente al Fogasa:

. Por solicitud de 11 de abril de 2013 el expediente NUM000 , en relación a crédito salarial reconocido en el procedimiento judicial nº 50/2012 del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón. El Fogasa dictó resolución el 7 de julio de 2014 y reconoció prestaciones de 1.408,49€, por 37,45 días de salario a razón de 37,61€ día.

. Por solicitud de 11 de abril de 2013 el expediente NUM001 , en relación a crédito salarial reconocido en el procedimiento judicial nº 220/2012 del Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón. El Fogasa dictó resolución el 7 de febrero de 2014 de reconocimiento de prestaciones de 899,36€ por 24,02 días de salario, a razón de 37,44€ día.

. Por solicitud de 18 de junio de 2013 el expediente nº NUM002 , en relación a crédito salarial reconocido en el procedimiento judicial nº 874/2011 del Juzgado de lo Social nº 4 de Gijón. El Fogasa dictó resolución el 23 de septiembre de 2014 denegatorio de prestaciones por haber abonado en otros expedientes hasta el límite legal de la garantía.

. Por solicitud de 21 de noviembre de 2013 el expediente NUM003 , en relación a crédito salarial reconocido en el procedimiento judicial nº 53/2013 del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón. El Fogasa dictó resolución el 26 de noviembre de 2014, reconoce prestaciones por importe de 2.257,49€ por 58,53 días de salario, a razón de 38,57€ día».

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, por la representación legal de D<sup>a</sup> María Dolores , se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictó sentencia en fecha 19 de julio de 2016 , en la que consta el siguiente fallo: «Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> María Dolores contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo social nº 3 de Gijón, en los autos sobre cantidad seguidos a instancia de la recurrente contra el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, revocamos la resolución impugnada y condenamos al Organismo demandado a abonar a la actora la cantidad de 902,95 euros en concepto de prestaciones de garantía salarial».

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, por la representación legal del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con 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).

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida INSS, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 28 de noviembre de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social de Asturias, de 19 de julio de 2016, Rec. 1389/2016, estimó el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador, condenando al FOGASA a abonarle la cantidad de 3.407,56 €. La sentencia de instancia había desestimado la demanda del trabajador sobre el abono de cantidades reconocidas a éste por sentencia, al haber percibido ya el máximo legal, equivalente a 120 días de salario.

El actor, tras haber obtenido sentencias dictadas en cuatro procedimientos, en las que se condenaba a la empresa al pago de las cantidades reclamadas por diferencias salariales y siendo aquella declarada insolvente, presentó solicitud de prestaciones frente al Fondo de Garantía Salarial, el 18 de junio de 2013, y el citado organismo dictó en cada uno de los expedientes tramitados resoluciones en los que reconocía cuantías cuyo total alcanzaba 120 días de salarios.

2.- La Sala de suplicación considera que una vez que se ha incumplido el plazo de que dispone el Fondo de Garantía Salarial para dictar resolución, debe reconocerse el pago reclamado en demanda porque una vez operado el silencio positivo no puede efectuarse un examen sobre la legalidad intrínseca del acto estimatorio, pues si bien es cierto que 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, las garantías de seguridad y permanencia requieren, al igual que los actos expresos, para revisarlos o dejarlos sin efecto se sigan los procedimientos de revisión del art. 102 o instar la declaración de lesividad.

3.- Se formula por FOGASA recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se señala un punto de contradicción, relativo al alcance del silencio positivo sobre una reclamación de cantidad que supera los límites de los que debe responder FOGASA, en el que se cita como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cantabria de 7 de diciembre de 2015 (rec. 805/2015).

La sentencia de contraste resuelve 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. Por lo que ahora interesa, la sentencia de instancia estima que procede 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. Recurrió el trabajador al entender que no procede realizar descuento alguno sobre la suma reclamada, pero la Sala entiende 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.

**SEGUNDO.-** Se cumple el requisito de contradicción, por cuanto que 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 reclama 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 y en la recurrida se reconoce una cuantía que superan esos límites.

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

**TERCERO.-** 1.- El recurso, en el único motivo planteado al amparo del art. 207 e) LRJS, denuncia la infracción de los arts. 43.1 y 62.1 f) LRJPAC y 28.7 del Real Decreto 505/1985, de 8 de marzo, en relación con el art. 33.1 y 2 ET. Según la parte recurrente, la responsabilidad en el pago de las prestaciones garantizadas que le impone la norma, no puede superar los límites cuantitativos establecidos en ella, cuando su posición en esta relación es análoga a la de un fiador ex lege.

El motivo debe ser rechazado porque, en la cuestión suscitada en el recurso, la Sala ha unificado doctrina que es la que ha seguido la sentencia recurrida, por lo que concurriría una falta de contenido casacional.

En efecto, la función institucional del recurso es procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico - la función de defensa de la legalidad-, y por ello carecen de aquel contenido los recursos interpuestos contra sentencias que sean coincidentes con la doctrina de esta Sala del TS [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].



2.- En relación con el alcance del silencio positivo, el motivo formulado por FOGASA, la cuestión ha sido 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 ] y 27 de septiembre de 2017, [rcud 1876/2016 ] en la que se invoca la misma sentencia de contraste que en el presente recurso, y 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, 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 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 nos llevan a afirmar -oído el Ministerio Fiscal- que el recurso incurre en la causa de inadmisión referida que en este momento se torna en causas de desestimación ( SSTS 03/04/92 -rcud 1439/91 -; 18/06/14 -rcud 1848/13 -; y 21/07/14 -rcud 2876/13 - ). Con imposición de costas [ art. 235.1 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 unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de Fondo de Garantía Salarial, contra la sentencia dictada el 19 de julio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en recurso de suplicación nº 1389/2016 , interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de marzo de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón , en autos nº 858/2014.
2. Declarar la firmeza de la sentencia recurrida.
3. Imponer las costas a la 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. 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 CEJDOJ