



Roj: **STS 984/2019 - ECLI:ES:TS:2019:984**

Id Cendoj: **28079149912019100009**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **27/02/2019**

Nº de Recurso: **3597/2017**

Nº de Resolución: **145/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 4909/2017,**  
**STS 984/2019,**  
**ATS 10089/2019**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3597/2017

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

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

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**PLENO**

**Sentencia núm. 145/2019**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

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 Maria Viroles Piñol

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

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

D.<sup>a</sup>. Maria Luz Garcia Paredes

D.<sup>a</sup>. Concepcion Rosario Ureste Garcia

En Madrid, a 27 de febrero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Sr. Abogado del Estado, en nombre y representación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, contra la sentencia de la Sala de



lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 7 de julio de 2017, recaída en el recurso de suplicación núm. 644/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pontevedra, dictada el 2 de diciembre de 2016, en los autos de juicio núm. 414/2016, iniciados en virtud de demanda presentada por el Letrado habilitado de la Abogacía del Estado, en nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial, contra D<sup>a</sup>. Lina, sobre revisión de actos declarativos de derechos.

Ha sido parte recurrida D<sup>a</sup>. Lina representada por el Procurador D. Miguel Torres Álvarez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 2 de diciembre 2016, el Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimando la demanda interpuesta por el FOGASA frente a DOÑA Lina, absuelvo a la demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra."

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " **PRIMERO.-** Doña Lina, con D.N.I. NUM000 vino prestando servicios para la empresa LESCAILLE S.L. desde el 1 de marzo de 1974, con categoría de dependienta y salario prorrateado de 1644,11 €. La empresa procedió a la extinción del contrato de la trabajadora por causas objetivas con fecha de 31 de enero de 2013, reconociendo en las comunicaciones la indemnización de 20 días por año de servicio, con el compromiso de abonarle el 60% de la indemnización cuando tuviera liquidez y remitiendo para el cobro del 40% estante al FOGASA. La trabajadora, en unión de otros tres compañeros, presentaron papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. celebrándose el preceptivo acto en fecha 26 de febrero de 2013, reconociendo la empresa adeudar a la mencionada la cantidad de 12825,82€ de los que 11398,68 € son indemnización y 1436,14 € liquidación, acordando las partes el abono de dichas cantidades mediante 10 plazos mensuales desde abril de 2013 a enero de 2014. **SEGUNDO.-** La empresa no abonó cantidad alguna, presentando los trabajadores demanda de ejecución que fue turnada al Juzgado de lo Social Nº 2 de Pontevedra con el número de autos 125/2013, declarándose por Decreto de 18 de noviembre de 2013 la insolvencia de la empresa por un total de 48784,06 €. La demandada solicitó al FOGASA las prestaciones correspondientes en fecha 2 de diciembre de 2013, dictando el organismo citado resolución el 2 de diciembre de 2014 reconociéndole la cantidad de 1172,75 € por salarios y denegando el 60% de la indemnización por considerar que el título ejecutivo acta de conciliación extrajudicial era insuficiente para dicha prestación. **TERCERO.-** Doña Lina y sus compañeros de trabajo presentaron demanda frente al FOGASA sobre CANTIDAD, dictando el Juzgado de lo Social Nº 1 de Pontevedra sentencia estimando la demanda y condenando al organismo demandado a abonar a la actora la cantidad de 11398,68 €. El FOGASA dictó resolución el 4 de agosto de 2016 reconociendo a la demandada la cantidad expresada."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, la letrada sustituta de la Abogacía del Estado, en nombre y representación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia en fecha 7 de julio de 2017, recurso 644/2017, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimando el recurso de suplicación articulado por el Fondo de Garantía Salarial contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra, de fecha 2 de diciembre de 2016, en autos nº 414/2016, instados por el Organismo aquí recurrente frente a D<sup>a</sup>. Lina, confirmamos la resolución de instancia."

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el Sr. Abogado del Estado, en nombre y representación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala 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 Asturias, el 24 de enero de 2017, recurso 2496/2016.

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, D<sup>a</sup>. Lina, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar el recurso formulado.

**SEXTO.-** Se señaló para la votación y fallo el día 20 de diciembre de 2018, acto que fue suspendido y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su transcendencia, se acordó que la deliberación, votación y fallo se hiciera en Pleno de Sala fijándose para el día 20 de febrero de 2019, fecha en que se llevó a efecto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-1.-** Se plantea si es ajustada a derecho la demanda presentada por el FOGASA, en reclamación de prestaciones indebidas, cuando dichas prestaciones han sido reconocidas a la trabajadora por sentencia firme



que estimó su pertinencia, en virtud del efecto del silencio positivo, al no haber resuelto el citado organismo, en el plazo de tres meses, la petición de prestaciones que le formuló la trabajadora.

**2.-** El Juzgado de lo Social número 3 de Pontevedra dictó sentencia el 2 de diciembre de 2016 , autos número 414/2016, desestimando la demanda formulada por el FOGASA contra DOÑA Lina sobre REVISIÓN DE ACTOS DECLARATIVOS DE DERECHOS absolviendo a la demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra.

Tal y como resulta de dicha sentencia la demandada, DOÑA Lina , ha venido prestando servicios para la empresa Lescaille SL desde el 1 de marzo de 1974, habiendo extinguido la empresa su contrato de trabajo, por causas objetivas el 31 de enero de 2013. La trabajadora presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose el preceptivo acto el 26 de febrero de 2013, reconociendo la empresa adeudar a la trabajadora la cantidad de 12.825,82 €, de los cuales 111.398,68 € son indemnización y 1.436,14 € liquidación, acordando las partes el abono de dichas cantidades en diez plazos mensuales, desde abril de 2013 a enero de 2014. La empresa no abonó cantidad alguna. Instada la ejecución se dictó auto por el Juzgado de lo Social número 2 de Pontevedra, autos 125/2013, declarando a la empresa en situación de insolvencia por un total de 48.784,06 €. El 2 de diciembre de 2013 la trabajadora solicitó al FOGASA el abono de las prestaciones, dictando resolución el 2 de diciembre de 2014, reconociéndole la cantidad de 1.172,75 € y denegando el 60% de la indemnización por considerar que el título ejecutivo, acta de conciliación extrajudicial era insuficiente para dicha prestación. Habiendo presentado demanda DOÑA Lina frente al FOGASA, el Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra dictó sentencia el 16 de mayo de 2016 , autos 85/2015, estimando la demanda y condenando al FOGASA a abonar a la actora 11.398,68 €. El FOGASA dictó resolución el 4 de agosto de 2016 reconociendo a la demandada la expresada cantidad.

En la demanda rectora de estos autos el FOGASA ha reclamado a DOÑA Lina el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas y que ascienden a 11.398,68 €.

**2.-** Recurrida en suplicación por la Letrada Sustituta de la Abogacía del Estado, en la representación que ostenta del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia el 7 de julio de 2017, recurso número 644/2017 , desestimando el recurso formulado.

La sentencia, invocando la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en las sentencias que cita, entendió que ha de prevalecer el instituto de la cosa juzgada, derivado de la resolución dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra que estimó la demanda de la ahora demandada DOÑA Lina , después de que con fecha 18/11/2013 se declarase por Decreto de 18/11/2013, en la demanda de ejecución seguida ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra la insolvencia de la empresa, y la trabajadora, en fecha 2/12/2013, solicitase la prestación y el Organismo aquí demandado, con fecha 2/12/2014 reconociese, en parte, la suma reclamada y condenase al FOGASA a abonarle la cantidad de 11.398,68 euros, sin que pueda soslayarse que el citado Organismo dictó resolución el 4/8/2016 reconociendo a la demandada la citada cantidad. Continúa razonando que 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 artículo 102 o instar la declaración de lesividad, sin que, ello implique sino que los actos declarativos de la Administración, en este caso, del Fogasa, no pueden ser revisados de oficio sino que ha de acudir a los procedimientos a que alude la citada resolución, pero ello no es aplicable al caso que nos ocupa en tanto que se trata, no de una revisión de actos del Fogasa que hayan causado estado en vía administrativa, sino de modificar lo ya resuelto en una sentencia firme, lo que no es lo mismo, refiriéndose el artículo 146 de la LRJS a "actos declarativos" y no resoluciones judiciales.

**3 .-** Contra dicha sentencia se interpuso por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 24 de enero de 2017, recurso número 2496/2016 .

El Letrado D. Miguel Torres Álvarez, en representación de DOÑA Lina , ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser estimado.

**SEGUNDO.-1.-** Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

**2.-** La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 24 de enero de 2017, recurso número 2496/2016 , estimó el recurso de suplicación interpuesto por el FOGASA



frente a la sentencia de fecha 20 de julio de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de los de Avilés , en el proceso sustanciado a instancia de dicha entidad contra Doña Santiago , y estimando la demanda interpuesta por el FOGASA, acordó revisar y dejar sin efecto el acto administrativo de reconocimiento a la demandada del derecho a percibir de este organismo la cantidad de 5.094,23 €, en concepto de indemnización derivada de despido, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y a reintegrar al FOGASA la citada cantidad.

Consta en dicha sentencia que Doña Santiago prestaba servicios para la empresa Suárez Dormón SL, habiendo sido despedida, procediendo a presentar demanda de conciliación el 19 de marzo de 2014 ante la Unidad de Mediación, Conciliación y Arbitraje, finalizó con avenencia, reconociendo la empresa adeudar la cantidad de 5.094, 23 €, como indemnización y 141,19 €, como salarios pendientes de liquidación y finiquito. Instada la ejecución el Juzgado dictó decreto de 31 de julio de 2014 declarando a la empresa en situación de insolvencia por la cantidad de 5.235,42 €. Solicitó prestaciones al FOGASA el 16 de abril de 2015 y el citado organismo dictó resolución el 10 de julio de 2015 por la que le reconocía únicamente el derecho a percibir la partida de 141,19 € por salarios. La orden de pago tiene fecha de 1 de septiembre de 2015. Por sentencia del Juzgado de 12 de febrero, autos 653/2015, se condenó al FOGASA a abonar a la trabajadora la cantidad de 5.094,23 €, en concepto de indemnización por despido, al entender estimado por silencio positivo la solicitud de la trabajadora. El FOGASA presentó demanda, que es la rectora de esta litis, contra Doña Santiago , dictando sentencia el Juzgado desestimando la demanda.

La sentencia dictada, resolviendo el recurso de suplicación planteado frente a la citada sentencia, entendió que no concurren los requisitos para el efecto negativo o preclusivo de la cosa juzgada previsto en el art. 222.1 LEC, ya que no existe identidad de causas de pedir ni de objetos entre ambos procesos. La sentencia dictada el 12 de febrero de 2015 declaró el derecho de la trabajadora a la suma reclamada con fundamento exclusivo en la aplicación del silencio administrativo positivo; es decir, por haberse producido un acto administrativo presunto, al no resolver el FOGASA expresamente en plazo, que suponía la estimación de la reclamación presentada por la trabajadora sin efectuar un examen sobre su legalidad intrínseca.

La demanda que presenta el FOGASA no cuestiona o contradice la sentencia anterior sino parte del acto presunto, es decir, del reconocimiento a la trabajadora de un derecho a recibir de ese organismo la indemnización por despido no satisfecha por la empresa insolvente cuando se ha fijado en acto de conciliación administrativa. Somete este acto al análisis de su legalidad intrínseca y al entender que va contra la normativa legal reguladora del derecho reconocido, ejercita la acción que le reconoce el art. 146.1 LJS, conforme al cual el FOGASA y las Entidades, órganos u Organismos Gestores, no pueden revisar por si mismos sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios sino que han de solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social competente, mediante la oportuna demanda dirigida contra el beneficiario del derecho reconocido. En estos supuestos el art. 146.1 LJS impide la autotutela de la Administración, de la que son expresión los arts. 102 y 103 de la Ley 30/1992 , sobre revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho y actos anulables, y constituye la única vía revisoria. Como refleja la jurisprudencia es una acción muy especial y característica que pretende la declaración de nulidad de una resolución administrativa, dictada precisamente por la propia entidad que ejercita dicha acción, y diferente de la mera declaración de inexistencia del derecho a la prestación de que se trate [ sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 (rec. 151/2005 )].

**3.-** Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS . En efecto, en ambos supuestos, las trabajadoras han solicitado al FOGASA determinadas prestaciones, no obteniendo resolución expresa en el plazo de tres meses. Superado dicho plazo, el FOGASA dicta resolución reconociendo solo una parte de las prestaciones solicitadas, lo que lleva a las trabajadoras a presentar demanda ante el correspondiente Juzgado de lo Social, que concluye con sentencia en la que se condena al FOGASA a abonar la totalidad de la prestación reclamada en virtud del efecto del silencio positivo. El FOGASA presenta demanda de revisión de actos declarativos de derechos y reintegro de cantidades, a fin de que se deje sin efecto el acto presunto estimatorio de la solicitud de prestaciones. Es irrelevante, a efectos de la contradicción, que en la sentencia recurrida se dictase resolución por el FOGASA el 4 de agosto de 2016 -con posterioridad a la sentencia del Juzgado nº 3 de Pontevedra condenando al FOGASA al pago de la prestación-reconociendo a la trabajadora la cantidad reclamada, dato que no consta en la sentencia de contraste.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal , procede entrar a conocer del fondo del asunto.

**TERCERO.- 1.-** Al amparo de lo establecido en el artículo 224.1 y 2, en relación con el artículo 207 e) de la LRJS , el recurrente formula un único motivo de recurso en el que alega que la sentencia recurrida ha infringido los artículos 222.1 y 4 de la LEC y 146 de la LRJS , artículos 42 , 43 Y 62.1 f) de la LRJPAC, vigente a la sazón,



coincidentes con los actuales artículos 21 , 24 y 47, respectivamente de la LPACAP y 28.7 del RD 505/1985, de 6 de marzo , en relación con el artículo 33.1 y 2 del ET .

En esencia el recurrente aduce que la cuestión que aquí se debate es si cabe oponer la excepción de cosa juzgada para impedir que el FOGASA pueda reclamar el reintegro de una prestación obtenida por silencio administrativo positivo, cuando ello haya supuesto que el FOGASA haya pagado por encima del límite legal de su responsabilidad. Entiende que si bien es cierto que, transcurridos tres meses sin que el FOGASA dicte resolución expresa, debe entenderse obtenida la prestación por silencio administrativo, no es menos cierto que, si la prestación es contraria al ordenamiento jurídico -por superar los límites u otra causa- este Organismo puede dejarla sin efecto conforme al entonces vigente artículo 62.1 f) de la LRJPAC, STS Sala Cuarta de 20 de abril de 2017, recurso 669/2016 y 701/2016 .

Continúa razonando que no puede acogerse el efecto de cosa juzgada porque no rige ninguno de los efectos de la misma ya que el objeto del actual proceso no versa sobre la obtención presunta de la prestación, sino sobre algo bien distinto, a saber, la concurrencia de los requisitos materiales que regulan las prestaciones del FOGASA, requisitos que están establecidos en la Ley, ya que en caso contrario se vulneraría el artículo 62.1 f) de la LRJPAC -actual 47.1 f) de la LPACAP-..Concluye que la sentencia impugnada habría desatendido la posición jurídica del FOGASA, establecida en el ET , en cuanto le ha considerado obligado al margen de las expresas previsiones legales del artículo 33.2 del ET .

**2.-** Para una recta comprensión de la cuestión debatida se han de tomar en consideración los siguientes hechos dimanantes de la sentencia impugnada:

- La demandada DOÑA Lina ha venido prestando servicios para la empresa Lescaille SI, habiendo extinguido la empresa su contrato de trabajo, por causas objetivas, el 31 de enero de 2013. Presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose el preceptivo acto el 26 de febrero de 2013, reconociendo la empresa adeudar a la trabajadora la cantidad de 12.825,82 €, de los cuales 11.398,68 € son indemnización y 1.436,14 € liquidación.

- Instada la ejecución se dictó Decreto el 18 de noviembre de 2013, autos 15/2013 del Juzgado de lo Social número 2 de Pontevedra, declarando a la empresa en situación de insolvencia.

- El 2 de diciembre de 2013 la trabajadora solicitó al FOGASA el abono de las prestaciones, dictando resolución el 2 de diciembre de 2014, reconociéndole la cantidad de 1.172,75 € y denegando el 60% de la indemnización por considerar que el título ejecutivo, acta de conciliación extrajudicial, era insuficiente para dicha prestación.

- DOÑA Lina presentó demanda frente al FOGASA, habiendo dictado sentencia el Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra el 16 de mayo de 2016 , autos 85/2015, estimando la demanda y condenando al FOGASA a abonar a la actora 11.398,68 €.

- El FOGASA dictó resolución el 4 de agosto de 2016 reconociendo a la demandada la expresada cantidad.

- El FOGASA ha presentado demanda de revisión de actos declarativos de derechos y reintegro de cantidades reclamando a DOÑA Lina el reintegro de la cantidad de 11.398,68 €.

**CUARTO.-1.-** Respecto a la alegación formulada por el recurrente consistente en que, si por un lado se entiende reconocida una prestación, por mor del efecto del silencio positivo, si transcurridos tres meses desde la petición al FOGASA no recae resolución expresa, por otro, si la prestación es contraria al ordenamiento jurídico dicho Organismo puede dejarla sin efecto conforme al entonces vigente artículo 62.1 f) de la LRJPAC, STS Sala Cuarta de 20 de abril de 2017, recurso 669/2016 y 701/2016 .

Tal aserto es absolutamente cierto y resultaría aplicable al supuesto controvertido si los hechos se limitaran, como parece entender el recurrente, a que ha habido un reconocimiento de una prestación -indebida- por el efecto del silencio positivo, porque el FOGASA ha dejado transcurrir más de tres meses desde que la trabajadora le solicitó el abono de la prestación sin dictar resolución expresa.

Ocurre, sin embargo, que el iter seguido por el asunto ahora examinado ha sido más complejo que el que expone el recurrente. En efecto, ante la extemporánea resolución del FOGASA de 2 de diciembre de 2014 -la trabajadora solicitó la prestación el 2 de diciembre de 2013- reconociendo una prestación inferior a la solicitada, la trabajadora presentó demanda recayendo sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra ,el 16 de mayo de 2016 , autos 85/2015, estimando la demanda y condenando al FOGASA a abonar a la actora 11.398,68 €.

Por lo tanto, no ha sido la resolución tácita del FOGASA la que por silencio positivo ha estimado la prestación solicitada, reconociendo a la trabajadora el derecho a percibir una prestación por importe de 11.398,68 €, -así lo entendió el propio FOGASA al dictar resolución expresa el 2 de diciembre de 2014 reconociendo unicamente parte de la prestación solicitada-, sino la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra,



el 16 de mayo de 2016 , autos 85/2015, estimando la demanda y condenando al FOGASA a abonar a la trabajadora 11.398,68 €.

En el propio Suplico de la demanda el FOGASA textualmente solicita:

" **SUPLICO AL JUZGADO**, que tenga por presentado este escrito con los documentos que al mismo se acompañan y copia de todo ello para la contraparte; por formulada en tiempo y forma **DEMANDA DE REVISIÓN DE ACTOS DECLARATIVOS DE DERECHOS** que se **reconocen** en la resolución del Fondo de Garantía Salarial en materia de prestaciones de garantía salarial dictada en el expediente administrativo nº NUM001 y **Sentencia del Juzgado de lo Social N° 1 de Pontevedra, dictada en Autos PO 85/15** , como beneficiario de las prestaciones indebidamente reconocidas, y previa su tramitación legal correspondiente, dicte sentencia por la que se declare la nulidad o, subsidiariamente, anulabilidad de la mencionada resolución administrativa, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, y a reintegrar al Fondo de Garantía Salarial las prestaciones indebidamente percibidas y que ascienden a 11.389,68€".

Del examen del Suplico de la demanda resulta que el propio recurrente reconoce expresamente que las prestaciones, cuyo reintegro reclama, han sido reconocidas, no solo por la resolución administrativa presunta del FOGASA, sino también por la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra de 16 de mayo de 2016 , autos 85/2015.

2.- En cuanto a la jurisprudencia que cita, sentencias de esta Sala de 20 de abril de 2017, recursos 669/2016 y 701/2016 , hay que poner de relieve que en las mismas no se resuelve acerca de si el FOGASA puede reclamar el reintegro de una prestación indebida, obtenida por sentencia que la ha reconocido en virtud del efecto del silencio positivo del acto administrativo -no contestación expresa del FOGASA en el plazo de tres meses a la petición de prestaciones formulada por la trabajadora- sino que resuelve una cuestión diferente.

En efecto, en dichas sentencias se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el FOGASA, confirmando la condena a abonar las prestaciones reclamadas, impuesta por la sentencia recurrida, en virtud de la aplicación del efecto del silencio positivo, a tenor de lo establecido en el artículo 28.7 del RD 505/1985 y 43.1 de la Ley 30/1992 , entonces vigente.

La sentencia, tras reproducir la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del silencio positivo -la STC 52/20 indica que la norma legal que 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- concluye:

"Todo ello nos lleva a sostener que el único mecanismo para dejar sin efecto el acto administrativo tácito es el procedimiento de revisión de actos declarativos de derechos (ex art. 146 LRJS )."

Dicha conclusión se refiere a que la Administración no puede dejar sin efecto un acto presunto dictando extemporáneamente una resolución expresa de contenido diferente a la presunta sino que, en ese caso, para dejar sin efecto la resolución presunta ha de acudir al procedimiento de revisión de actos declarativos de derechos (ex art. 146 LRJS ).

Sin embargo, tal y como se indica en el apartado 1 de este fundamento de derecho, el iter seguido por el asunto ahora examinado ha sido más complejo y con posterioridad a que se produjera la resolución presunta -por el efecto del silencio positivo, al transcurrir tres meses sin resolución expresa del FOGASA- dicho organismo ha dictado resolución expresa de signo contrario a la presunta, denegando las prestaciones solicitadas, resolución que ha sido impugnada y se ha dictado sentencia por el Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra el 16 de mayo de 2016 , autos 85/2015, reconociendo las prestaciones reclamadas, en virtud del efecto del silencio administrativo positivo.

Por lo tanto, la posibilidad de revisión de los actos declarativos de derechos en perjuicio del beneficiario, queda limitada al supuesto de acto administrativo, cuyo iter finaliza ahí, no al asunto ahora examinado en que se han producido los avatares a los que antes se ha hecho referencia.

**QUINTO.-1.-** Asimismo ha de ser desestimada la alegación de que no puede acogerse el efecto de cosa juzgada porque no rige ninguno de los efectos de la misma, ya que el objeto del actual proceso no versa sobre la obtención presunta de la prestación, sino sobre algo bien distinto, a saber, la concurrencia de los requisitos materiales que regulan las prestaciones del FOGASA, requisitos que están establecidos en la Ley, ya que en caso contrario se vulneraría el artículo 62.1 f) de la LRJPAC, actual 47.1 f) de la LPACAP.

2.- La sentencia de esta Sala de 18 de abril de 2012, casación 163/2011 , ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cosa juzgada y lo ha hecho en los siguientes términos:



"Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del alcance del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y lo ha hecho, entre otras, en sentencia de 3 de mayo de 2010, recurso 185/07 , en la que ha establecido lo siguiente: "en sentencia de 20 de octubre de 2004, recurso 4058/0 , aparecen los siguientes razonamientos: "SÉPTIMO.- La doctrina correcta es la que aplica la sentencia de contraste, al interpretar el artículo 222 de la LEC con criterio flexible en la apreciación de las identidades a que el precepto se refiere, como lo venía haciendo esta Sala en relación con el derogado artículo 1252 del Código civil . De esta concepción amplia de la cosa juzgada se hace eco ahora la LEC al enumerar las identidades que han de concurrir entre el primero y el segundo litigio; el texto del artículo 1252 citado, que consideraba necesario que "entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concorra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron", ha sido reemplazado por el artículo 222 de la LEC que, en tono más condescendiente, ha mitigado el rigor en la apreciación de las identidades, con especial incidencia en la subjetiva pues, este precepto, en relación con el artículo 10 del propio texto legal, la cosa juzgada afecta a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes, tanto de las que comparezcan y actúen en juicio como a los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.

Con la nueva normativa cobra mayor vigor la doctrina que proclama la sentencia de esta Sala de 29 de mayo de 1995 , considerando necesaria su aplicación a una relación como la laboral, de tracto sucesivo susceptible de planteamientos sucesivos por distintos sujetos diferentes con idéntica pretensión. No excluye el efecto de cosa juzgada material el hecho de que en los procesos puestos en comparación se hayan ejercitado acciones distintas por sujetos diferentes, en un caso para aclarar si se produjo realmente una sucesión empresarial, a instancia de un representante de los trabajadores, y en el otro para calificar un despido pero que, para el caso de su improcedencia, el importe de la indemnización sustitutoria de la readmisión depende del factor antigüedad del trabajador, lo que a su vez está condicionado por la existencia o no de cambio de titularidad de la empresa, cuando el demandante ha prestado servicios sucesivamente para la primera adjudicataria de la contrata y para la segunda. Esto supone que en los dos litigios se ha debatido y resuelto la cuestión relacionada con la sucesión empresarial y su incidencia en las relaciones individuales de los trabajadores, es decir, hay identidad en la causa de pedir y en los sujetos litigantes, aunque cada uno de ellos haya actuado desde la esfera de sus respectivas competencias y legitimación, pero para controvertir la misma cuestión, es decir, si de las resultas de los litigios comparados es responsable una sola empresa o ambas demandadas.

OCTAVO.- El Tribunal Supremo ha venido declarando que la aplicación del efecto de la cosa juzgada no precisa que el nuevo pleito sea una exacta reproducción de otros anteriores, sino que, pese a la ausencia de alguna de las identidades basta con que no produzca una declaración precedente que actúe como elemento condicionando y prejudicial de la resolución que ha de dictarse en el nuevo juicio ( sentencia de 29 de septiembre de 1994); la sentencia de la Sala 1ª de este Tribunal declaro que "aunque no concurren las condiciones requeridas para la procedencia de la <<exceptio rei iudicata>>, no cabe duda que los hechos sentados en el primitivo proceso son vinculantes en el segundo, toda vez que si pudieran discutirse los ya firmes, equivaldría a poder revisar subrepticamente la ejecutoria", la doctrina es abiertamente contradicha por la sentencia recurrida.

En nuestra sentencia de 23 de octubre de 1995 ya dijimos que, a diferencia de lo que ocurre con el efecto negativo, el efecto positivo de la cosa juzgada no exige una completa identidad, que de darse excluiría el segundo proceso, sino que para el efecto positivo es suficiente que lo decidido -lo juzgado- en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluya el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado."

Por su parte la sentencia de 4 de marzo de 2010, recurso 134/07 , establecía: "1.- A tal afirmación llegamos, partiendo de las siguientes consideraciones: a) la cosa juzgada es una proyección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, exigiendo que las resoluciones judiciales tengan la eficacia que supone la ejecución en sus propios términos y el respeto a la firmeza de las situaciones jurídicas declaradas (aparte de las que en ellas se citan, SSTC 190/1999, de 25/Octubre, FJ 4 ; 58/2000, de 28/Febrero, FJ 5 ; 135/2002, de 3/Junio, FJ 6 ; 200/2003, de 10/Noviembre, FJ 2 ; 15/2006, de 16/Enero , FJ 4); b) por ello se impone una concepción amplia de la cosa juzgada y la consiguiente interpretación flexible de sus requisitos (entre las recientes, SSTS de 20/10/05 -rec. 4153/04 -; 30/11/05 -rec. 996/04 -; 19/12/05 -rec. 5049/04 -; 23/01/06 -rec. 30/05 -; y 06/06/06 -rec. 1234/05 -); c) con mayor motivo se impone esa flexibilidad al aplicarse a una relación como la laboral, de tracto sucesivo y susceptible de planteamientos plurales por distintos sujetos de una idéntica pretensión, de manera que no ha de excluirse el efecto de cosa juzgada material por el hecho de que en los procesos puestos en comparación se hayan ejercitado acciones distintas por sujetos diferentes ( SSTS 30/09/04 -rec. 1793/03 -; y 20/10/04 -rec. 4058/2003 -, que hacen eco de precedente de 29/05/95 -rcud 2820/94 -); y d) conforme al art. 222 LECiv , "la cosa juzgada ... excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo" [párrafo 1] y que "lo resuelto con fuerza



de cosa juzgada ... vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal" [párrafo 4]."

Por su parte la sentencia de 27 de marzo de 2013, recurso 1917/2012 ha establecido:

"de conformidad con el art. 222.1 de la LEC, el efecto negativo de la cosa juzgada excluye ulterior proceso, pero tal efecto se condiciona a que el objeto de este segundo proceso sea "idéntico" al primero; identidad que tiene que proyectarse sobre todos los elementos de la pretensión, es decir, sobre los sujetos, el objeto y el fundamento de aquélla, lo que no sucede en el efecto positivo de la cosa juzgada, en el que, conforme al número 4 del artículo citado, concurre la identidad subjetiva y una cierta identidad en los fundamentos en la medida en que lo decidido en la primera sentencia actúa como "antecedente lógico" para la segunda, pero no hay identidad en los objetos de lo pretendido".

**3.-** En el asunto examinado hemos de resolver si la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra el 16 de mayo de 2016, autos 85/2015, produce efectos de cosa juzgada respecto a la controversia suscitada en esta litis y, en su caso, si estamos ante el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada o ante el efecto positivo o prejudicial.

Al efecto hay que señalar que la demanda rectora de los autos 85/2015, del Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra, fue interpuesta por DOÑA Lina frente al FOGASA, en reclamación de prestaciones -11.398,68 €, en concepto de indemnización por despido por causas objetivas no abonado por la empresa, que había reconocido dicha cantidad en conciliación ante el SMAC, habiendo sido declarada insolvente- habiendo dictado sentencia el citado Juzgado estimando la demanda y condenando al FOGASA a abonar a la actora 11.398,68 €.

La demanda rectora de esta litis es interpuesta por el FOGASA contra DOÑA Lina, en reclamación de revisión de actos declarativos de derechos, interesando la nulidad o, subsidiariamente la anulabilidad de la resolución administrativa presunta por la que se reconocen a la demandada prestaciones por importe de 11.389,68 €.

El artículo 222.1 de la LEC regula el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada en los siguientes términos: "La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo".

El objeto del proceso, plasmado en la demanda, que ha dado origen a los autos 85/2015, del Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra, interpuesta por DOÑA Lina frente al FOGASA, es la reclamación de prestaciones, 11.398,68 €, en concepto de indemnización por despido por causas objetivas, reconocida y no abonada por la empresa que ha sido declarada insolvente, en tanto el objeto del proceso actual, demanda interpuesta por el FOGASA frente a DOÑA Lina, es la revisión de actos declarativos de derechos, que se declare la nulidad o, subsidiariamente la anulabilidad de la resolución administrativa presunta por la que se reconocen a la demandada prestaciones por importe de 11.389,68 € y se condene a la demandada al reintegro de dicha cantidad.

Por lo tanto, no concurre la identidad el objeto de uno y otro proceso exigida por el artículo 222.1 de la LEC, lo que impide apreciar el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada.

El artículo 222.4 de la LEC regula el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada: "Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal".

Los litigantes de esta litis son los mismos que los de los autos 85/2015, del Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra, a saber DOÑA Lina y FOGASA, siendo irrelevante que su postura procesal no sea la misma en ambos procesos ya que en el ahora examinado el demandante es el FOGASA y la demandada DOÑA Lina, en tanto en los autos 85/2015, del Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra, la demandante es DOÑA Lina, siendo el demandado el FOGASA.

Lo relevante es la identidad de los litigantes y que lo resuelto en el primer proceso aparezca como antecedente lógico de lo que sea objeto, del segundo, circunstancias ambas que concurren en este asunto.

Ya hemos examinado el primer requisito, a saber, la identidad de los litigantes, en cuanto al segundo requisito hay que poner de relieve que el Fallo de la sentencia dictada en los autos 85/2015, del Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra, que condena al FOGASA a abonar a DOÑA Lina 11.398,68 € -en concepto de indemnización por despido por causas objetivas, reconocida y no abonada por la empresa que ha sido declarada insolvente- constituye un antecedente lógico de la sentencia que haya de dictarse en esta litis ya que, precisamente, lo que se reclama es que se declare que dicha prestación es indebida y ha de ser reintegrada por la ahora demandada DOÑA Lina. No cabe prescindir de dicho antecedente, como parece pretender el





recurrente pues, tal y como ha quedado razonado en el fundamento de derecho cuarto, apartado 1, de esta resolución, no ha sido la resolución tácita del FOGASA la que por silencio positivo ha estimado la prestación solicitada, reconociendo a la trabajadora el derecho a percibir una prestación por importe de 11.398,68, sino la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra, el 16 de mayo de 2016, autos 85/2015, estimando la demanda y condenando al FOGASA a abonar a la trabajadora 11.398,68 €.

El propio FOGASA, en los hechos tercero y cuarto de la demanda, expone pormenorizadamente que DOÑA Lina . interpuso demanda que finalizó con la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra, el 16 de mayo de 2016, autos 85/2015, estimando dicha demanda y condenando al FOGASA a abonar a la trabajadora 11.398,68 €.

Por lo tanto, concurren los requisitos exigidos para apreciar el efecto de cosa juzgada positiva o prejudicial, lo que supone que en la sentencia que ahora se dicte se ha de partir de que hay una sentencia firme del Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra, de 16 de mayo de 2016, autos 85/2015, que ha estimado la demanda y condenado al FOGASA a abonar a la trabajadora 11.398,68 €, por lo que no procede declarar que se trata de una prestación indebida y procede su reintegro, es una prestación reconocida por una sentencia firme y, por lo tanto, intangible, salvo los limitados supuestos contemplados en la LEC, rescisión de sentencias firmes - artículos 495 a 508 LEC - y revisión de sentencias firmes - artículos 509 a 516 de la LEC -, procedimientos no seguidos en esta asunto.

**SEXTO.-1.-** De admitirse la pretensión del FOGASA se vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, que exige que las resoluciones judiciales tengan la eficacia que supone la ejecución en sus propios términos y el respeto a la firmeza de las situaciones jurídicas declaradas, entre otras SSTC 190/1999, de 25/Octubre, FJ 4 ; 58/2000, de 28/Febrero, FJ 5 ; 135/2002, de 3/Junio, FJ 6 ; 200/2003, de 10/Noviembre, FJ y 15/2006, de 16/Enero, FJ 4).

**2.-** Respecto a la ejecución de sentencias firmes esta Sala, en sentencia de 3 de octubre de 2012, recurso 4286/2011, ha establecido lo siguiente:

"...en cuanto a la ejecución de sentencias firmes se refiere es reiterada jurisprudencia constitucional, como recuerda, entre las más recientes, la STC 22/2009, de 26 enero que "el derecho a la ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales firmes constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que garantía del cumplimiento de los mandatos que estas resoluciones judiciales contienen, lo que determina que este derecho tenga como presupuesto lógico y aun constitucional la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas. El derecho a que la ejecución de lo juzgado se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce, así, en un derecho que actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la Ley (por todas, STC 86/2006, de 27 de marzo, F. 2)", añade que "Este Tribunal ha declarado que, desde la perspectiva del art. 24.1 CE, no puede aceptarse que sin haberse alterado los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la Sala sentenciadora, se pretenda privar de efectos, en un momento posterior, al pronunciamiento judicial entonces emitido, resultando sólo posible cuando concurren elementos que impidan física o jurídicamente su ejecución o que la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas (por todas, STC 285/2006, de 9 de octubre, F. 6), recordando que el legislador ha previsto mecanismos para atender a los supuestos de imposibilidad legal o material de cumplimiento de las Sentencias en sus propios términos, como el del art. 105.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA; STC 73/2000, de 14 de marzo, F. 9). Así, se ha destacado que uno de los supuestos en los que la ejecución de las sentencias en sus propios términos puede resultar imposible es, precisamente, la modificación sobrevenida de la normativa aplicable a la ejecución de que se trate o, si se quiere, una alteración de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta, ya que, como regla general, una vez firme la Sentencia, a su ejecución sólo puede oponerse una alteración del marco jurídico de referencia para la cuestión debatida en el momento de su resolución por el legislador (por todas, STC 312/2006, de 8 de noviembre, F. 4)", así como que "También se ha señalado que, cuando para hacer ejecutar lo juzgado, el órgano judicial adopta una resolución que ha de ser cumplida por un ente público, éste ha de llevarla a cabo con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado, por imponerle así el art. 118 de la Constitución, y que cuando tal obstaculización se produzca, el Juez ha de adoptar las medidas necesarias para su ejecución sin que se produzcan dilaciones indebidas, pues el retraso injustificado en la adopción de las medidas indicadas afecta en el tiempo a la efectividad del derecho fundamental (STC 149/1989, de 22 de septiembre, F. 3)". Reiterando la STC 37/2007, de 12 febrero, que "también hemos declarado que, desde la perspectiva del art. 24.1 CE, no puede aceptarse que sin el concurso de elementos que hagan imposible física o jurídicamente la ejecución o la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas, por incorrecta determinación del fallo, por sus desproporcionadas consecuencias o por razones similares, esto



es, que sin haberse alterado los términos en los cuales la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la Sala sentenciadora, se pretenda privar de efectos en un momento posterior al pronunciamiento judicial emitido por la vía de discutir de nuevo, en trámite de ejecución, lo que ya fue en su día definitivamente resuelto por el órgano judicial (por todas, SSTC 41/1993, de 8 de febrero, F. 2 ; y 18/2004, de 23 de febrero , F. 4)".

2.- En concordancia con la citada jurisprudencia constitucional, el art. 239.5 LRJS subraya lo excepcional de la declaración de inejecución dispone que "Solamente puede decretarse la inejecución de una sentencia u otro título ejecutivo si, decidiéndose expresamente en resolución motivada, se fundamenta en una causa prevista en una norma legal y no interpretada restrictivamente ..." y para evitar los supuestos de posible vulneración de la tutela judicial efectiva concede el acceso al recurso, estableciendo expresamente que "Contra el auto resolutorio del recurso de reposición interpuesto contra el auto en que se deniegue el despacho e la ejecución procederá recurso de suplicación o de casación ordinario, en su caso".

3.- La aplicación de la anterior doctrina, para no dejar vacío de contenido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, artículo 24 CE , en su manifestación del derecho a la ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales firmes, con posible fundamento en una colisión con el principio de seguridad jurídica, art. 9.3 CE , posibilita entender que no concurren en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra, el 16 de mayo de 2016 , autos 85/2015, elementos que hagan imposible física o jurídicamente la ejecución o la dificulten, esto es, que sin haberse alterado los términos en los cuales la disputa procesal fue planteada y resuelta ante el juzgado sentenciador se pretenda privar de efectos, en un momento posterior al pronunciamiento judicial emitido, por la vía de discutir de nuevo, mediante el planteamiento de una demanda de revisión de actos declarativos de derechos, lo que ya fue en su día definitivamente resuelto por el órgano judicial.

2.- Existe ciertamente una sentencia firme -dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra, el 16 de mayo de 2016 , autos 85/2015- que condena al FOGASA a abonar a DOÑA Lina 11.398,68 €, sin que proceda dejar sin efecto la ejecución de dicha sentencia firme mediante el mecanismo de presentar una demanda contra la citada trabajadora para que se declare la nulidad del acto administrativo que, entiende la demandante, le reconoció la citada cantidad y se la condene a reintegrar la misma al FOGASA.

## 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 la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, frente a la sentencia dictada el 7 de julio de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el recurso de suplicación número 644/2017 , interpuesto por el ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Pontevedra, el 2 de diciembre de 2016 , autos número 414/2016, seguidos a instancia del FOGASA contra DOÑA Lina sobre REVISIÓN DE ACTOS DECLARATIVOS DE DERECHOS y REINTEGRO DE CANTIDAD.

Confirmar la sentencia impugnada.

Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina

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 Maria Viroles Piñol

D.<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego D.<sup>a</sup> Maria Luz Garcia Paredes

D.<sup>a</sup> Concepcion Rosario Ureste Garcia

## VOTO PARTICULAR

QUE FORMULAN EL EXCMO SR. D. Angel Blasco Pellicer Y LA EXCMA. SRA MAGISTRADA D<sup>a</sup> Maria Milagros Calvo Ibarlucea, LOS EXCMOS SRS. MAGISTRADOS D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, D. Miguel Angel



Luelmo Millan Y LAS EXCMAS SRAS MAGISTRADAS D<sup>a</sup> Maria Luz Garcia Paredes Y D<sup>a</sup> Concepcion Rosario Ureste Garcia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) formulamos Voto Particular a la sentencia dictada por la Sala en el recurso de casación nº 27/2017 para exponer la posición que mantuvimos en la deliberación del recurso, posición que sostenía la admisión del recurso con la consiguiente casación de la sentencia recurrida y desestimación de la demanda.

Con la mayor consideración y respeto a las argumentaciones y al fallo de la mayoría, reflejados en la sentencia de la que discrepamos, exponemos las consideraciones jurídicas que fundan este Voto Particular:

**PRIMERO.-** Compartimos la decisión de la mayoría relativa a que, en el presente supuesto, no cabe apreciar el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada que establece el artículo 222.1 LEC. No hay, en efecto, un proceso cuyo objeto sea idéntico al de otro proceso que pueda excluir su examen. A partir de este punto, nuestra discrepancia con el resto de la sentencia mayoritaria es total.

**SEGUNDO.-** Discrepamos totalmente de la aplicación del efecto positivo de la cosa juzgada que realiza la sentencia mayoritaria. En efecto, el artículo 222.4 LEC dispone que "Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes en ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal". Para la sentencia de la que discrepamos, lo relevante es que lo resuelto en el primer proceso aparece "como antecedente lógico" de lo que es objeto del pleito que se examina. Y sobre tal cuestión, negamos expresamente la identidad de objeto y, muy especialmente, que lo resuelto en el primer proceso constituya antecedente lógico para la resolución del asunto en el que se produce el presente recurso.

Así, nos encontramos con un primer proceso en el que se discute sobre la validez del acto administrativo presunto que se produjo porque el organismo demandado dejó transcurrir el plazo previsto normativamente para dar contestación a la petición formulada por una trabajadora. Tal proceso se consumó con una sentencia firme en la que se reconoce el derecho a la prestación por acto administrativo ganado por silencio positivo -como no podía ser de otra forma- y se condena al FOGASA a abonar lo solicitado puesto que tal es la configuración del acto presunto producido por dicho silencio. En tal proceso judicial no se permitió al FOGASA alegar y probar que el derecho prestacional y/o la cantidad pedidas que, inexorablemente, integran el acto presunto no eran ajustadas a derecho por las razones que fueran. El pleito concluye, así, con una declaración del derecho ganado por silencio administrativo y una condena al pago derivado del mismo; condena que se produce exclusivamente como derivada racional y lógica del contenido del acto producido por silencio administrativo, pero en ningún momento porque el órgano judicial haya podido examinar la legalidad intrínseca de dicho acto administrativo.

En el segundo proceso, las cosas son radicalmente distintas. Aquí el FOGASA pretende que se revise el acto administrativo producido por silencio administrativo porque su contenido es contrario al ordenamiento jurídico por la vía del art. 146 LRJS. Ya no se discute la validez formal del acto, que se debatió en el primero de los procesos. Aquí se parte de dicha validez formal discutiéndose, únicamente, la adecuación de su contenido al ordenamiento jurídico.

Además, en el caso que nos ocupa, la evidencia de que los pleitos son distintos, su objeto totalmente diferente y la falta de conexión como antecedente lógico palmaria, la proporciona las particularidades del mismo: así, en el primer proceso, tras haber transcurrido en exceso (un año desde la solicitud) el plazo para dar contestación a lo reclamado por la trabajadora, el FOGASA emite resolución expresa que el Juzgado de lo Social la declara inoperante y da validez a la que se produjo por silencio administrativo, condenando al organismo al pago de lo que figuraba en la resolución presunta (esto es, lo pedido por la trabajadora). En cumplimiento de tal sentencia y en ejecución de la misma el FOGASA dictó resolución expresa que se acomodaba a lo dispuesto en dicha resolución judicial.

En el actual proceso, el FOGASA presentó demanda ante el Juzgado de lo Social -demanda rectora de las presentes actuaciones- en la que solicitaba la revisión y subsiguiente nulidad de su acto administrativo por ser contrario a derecho, en concreto a las disposiciones vigentes en materia de prestaciones de garantía salarial. Demanda que fue desestimada por el Juzgado de lo Social y por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, cuya sentencia, es, ahora recurrida ante esta sede en casación unificadora.

**TERCERO.-** La secuencia procesal descrita, así como los razonamientos expuestos en el fundamento anterior, revelan que nos encontramos ante dos procesos que tienen objetos distintos y que resuelven cuestiones absolutamente diferentes que impiden que pueda aplicarse el efecto positivo de la cosa juzgada porque el



primer proceso, en modo alguno, constituye antecedente lógico a los efectos previstos en el artículo 222.4 LEC . En el primer proceso, se insiste, se discute sobre la existencia del acto presunto y, consecuentemente, debe condenarse al cumplimiento de su contenido; en el segundo proceso no se cuestiona la existencia del acto administrativo ganado por silencio positivo ya no se pone en cuestión, lo que se pretende es la anulación del acto administrativo por ser contrario al ordenamiento vigente. No puede apreciarse el "antecedente lógico", porque el objeto de los pleitos es radicalmente diferente, ya que en aquel primer juicio se excluyó cualquier debate en orden a la existencia del derecho prestacional y/o sus efectos económicos y, en consecuencia, no se analizó la adecuación del contenido del acto presunto a la normativa reguladora de las prestaciones con cargo al FOGASA, que es lo que constituye el núcleo central del presente proceso.

En definitiva, como señalamos en la STS de 20 de diciembre de 2006 (Rcud. 151/2005 ), evidentemente las sentencias firmes son inmodificables, pero en tanto en cuanto se cumplan, en relación con el nuevo litigio, todos y cada uno de los elementos y requisitos que conforman la cosa juzgada. Si tales requisitos no se cumplen, como aquí sucede, los Tribunales no sólo pueden, sino que están obligados a analizar y resolver las pretensiones formuladas en ese nuevo proceso.

**CUARTO.-** Además, el objeto del segundo pleito está amparado por el contenido de lo dispuesto en el artículo 146 LRJS que es trasunto, en el ámbito laboral y de Seguridad Social, de lo dispuesto en el artículo 47.1.f) LPAC . Por ello, en la práctica totalidad de las sentencias que este Tribunal ha tenido que resolver sobre la cuestión del silencio administrativo (casi cien), tomando la doctrina acuñada por la jurisdicción contencioso-administrativa, hemos afirmado 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".

Con ello no queremos decir que el derecho así reconocido no pueda, posteriormente, ser dejado 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". (Por todas: SSTS de 20 de abril de 2017, Rcud 701/2016 y 669/2016 ; de 18 de septiembre de 2018, Rcud. 1983/2017 y de 12 de diciembre de 2018, Rcud.2407/2017 )

La claridad de la afirmación no admite duda alguna sobre lo que la Sala estimaba, y ahora corrige, en relación a la posibilidad de instar la revisión del acto presunto ya convalidado por la propia Sala. En la sentencia mayoritaria se quiere mantener que tales expresiones se referían a la posibilidad que tendría el FOGASA de solicitar la revisión de los actos presuntos, antes de que su existencia fuese ratificada por un órgano judicial. Pero resulta evidente que tal interpretación ni se deduce de la literalidad de nuestras manifestaciones ni resulta compatible con el ámbito y el contexto en el que las pronunciamos.

La sentencia mayoritaria no solo enmienda lo manifestado por esta Sala sino que quiebra, radicalmente, el principio de confianza legítima de los ciudadanos y organismos oficiales, especialmente del FOGASA que, obviamente, ha planteado multitud de demandas basadas en la normativa vigente y en la interpretación que de ella ha venido realizando nuestra jurisprudencia en las sentencias reseñadas.

**QUINTO.-** Por otro lado, la posición que aquí se sostiene es la que, con normalidad, asume la jurisprudencia contencioso administrativa. Así en la STS (3ª) de 18 de diciembre de 2015, Rec. 132/14 , aunque referida a la litispendencia -aplicable totalmente al efecto positivo de la cosa juzgada- en un asunto en que la cuestión esencial se centraba en determinar si se había producido o no el silencio administrativo positivo como apreció la sentencia recurrida, y confirma el TS siguiendo la jurisprudencia que se cita, al tratarse de un procedimiento iniciado a instancia de parte y en el que se concluye que la sentencia recurrida no prejuzga sobre el derecho a la obtención y alcance de la indemnización, sino que se limita a condenar a la Administración, se puede leer que "por otra parte, no está de más recordar la peculiaridad que la cosa juzgada reviste en el proceso contencioso administrativo: "Ello, sin perjuicio de las peculiaridades que en el proceso contencioso-administrativo derivan del objeto de la pretensión y que hace que sea un específico elemento identificador de la cosa juzgada el acto



administrativo (la actuación de la Administración) o la disposición objeto de las pretensiones impugnatorias. O, dicho en otros términos, si en el posterior proceso la res de qua agitur es un acto (actuación) o una disposición diferente del que se enjuició en la resolución firme anterior, ya no puede darse el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, salvo que el acto (actuación) o la disposición objeto del segundo proceso sean meras repeticiones del que se juzgó en el primero. (...) Así esta Sala ha señalado: "la cosa juzgada tiene matices muy específicos en el proceso Contencioso-Administrativo, donde basta que el acto impugnado sea histórica y formalmente distinto que el revisado en el proceso anterior para que deba desecharse la existencia de la cosa juzgada, pues en el segundo proceso se trata de revisar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo nunca examinado antes, sin perjuicio de que entrando en el fondo del asunto, es decir, ya no por razones de cosa juzgada, se haya de llegar a la misma solución antecedente" ( STS de 10 nov. 1982 ; cfr., asimismo, SSTS de 28 ene. 1985 , 30 oct. 1985 y 23 mar. 1987 , 15 de marzo de 1999 , 5 de febrero y 17 de diciembre de 2001 y 23 de septiembre de 2002 , entre otras). (...) Y además, claro está, la apreciación de la excepción de cosa exige que se trate no sólo del mismo acto, disposición o actuación material sino también de la misma pretensión u otra sustancialmente idéntica a la que fue objeto del proceso anterior ( STS, Sala 4.ª, de 22 mayo 1980 ). Si en el proceso posterior sobre el mismo acto, disposición o actuación cambian la causa petendi o el petitum de la pretensión examinada y decidida en la resolución judicial firme anterior tampoco operará en su función negativa la cosa juzgada (...) Los criterios expuestos constituyen un cuerpo consolidado de doctrina jurisprudencial, como reflejan, entre otras muchas, las Sentencias de 5 de octubre de 1998 , 23 de septiembre de 2002 y 1 de marzo de 2004 , que no precisa de una declaración solemne como la que se propugna en el presente recurso de casación en interés de ley" ( STS de 27 de abril de 2006 dictada en el recurso en interés de la ley 13/2005). También en sentido análogo, las SSTS de 15 de octubre de 1998, R. de Apelación 4655/1992 ; de 24 de febrero de 2004 , R. Casación 4307/2001; de 25 de octubre de 2005, R. Ordinario 201/2004; de 15 de abril de 2008 , R. Casación 10956/2004 y de 15 de enero de 2010, R. Casación 6238/2005 [...]."

Aplicando estos criterios al presente caso, fácilmente se comprueba que (a) la identidad subjetiva de las partes en los dos procesos resueltos por las sentencias que se dicen contradictorias es algo que cabe admitir sin problemas; (b) no existe la identidad objetiva de los respectivos actos objeto de impugnación por el interesado en cada uno de los dos procesos, diferentes en su mutua relación a la que se da entre el acto denegatorio presunto, por silencio y el que, después, aun fuera de plazo, desestima de forma expresa una solicitud o recurso, pues no hay línea de continuidad o de homogeneidad entre uno y otro acto; y (c) la causa de pedir difiere también notablemente en ambos procesos, pues no cabe olvidar que lo pretendido en el primero de ellos, dirigido frente al acto presunto, no lo supone denegatorio, sino que aspira a que se ejecute lo que virtualmente se declara en él como acto firme, mientras que la pretensión de nulidad promovida en el segundo proceso, del que dimana esta casación, se fundamenta en que el acto expreso posterior revoca informalmente, sin sujeción a las reglas para revisar los actos favorables, el derecho subjetivo ganado por vía tácita.

Ambos procesos pueden coexistir el uno sin el otro, porque son de diferente naturaleza, aunque obviamente estén relacionados o conectados entre sí, todo ello al margen de que las respectivas pretensiones en uno y otro asunto se han viabilizado en procedimientos judiciales también distintos, en función de la naturaleza de lo pretendido, que en el primer caso no era la conformidad a Derecho de la denegación de la solicitud, sino algo distinto, como lo es la ejecución de un acto firme, conforme a lo establecido en el artículo 29.2 LJCA ; mientras que el segundo, examinado a través de un procedimiento ordinario, tiene por objeto una pretensión de nulidad".

En la STS de 8 de noviembre de 2006, Rec. 4101/2001 , se aclara: "También debe ratificarse el criterio que viene a asumir la sentencia recurrida de que la Administración, cuando se ejercite ante ella la acción de nulidad del artículo 102 de la Ley 30/1992 , tiene que respetar el efecto de cosa juzgada que ya se haya producido cuando, sobre esa misma causa de nulidad absoluta, se haya planteado con anterioridad una acción administrativa o jurisdiccional, y exista una resolución administrativa o una sentencia judicial que haya analizado y desestimado esa misma petición de nulidad absoluta que, por haber sido consentida, haya ganado firmeza..... También resulta necesaria otra aclaración en relación con lo que acaba de declararse. No se trata de negar la posibilidad de revisión de oficio de los actos administrativos directamente constitutivos de la nulidad absoluta que se reclame; pues respecto de ellos no operaría la excepción de inadmisibilidad que acaba de invocarse (del art. 40 de la LJCA de 1956 y 28 de la nueva Ley de 1998), ni sería de apreciar preclusión a los efectos de instar la revisión de oficio de que se viene tratando".

En consecuencia, la postura que aquí en este Voto se defiende, está amparada por la jurisprudencia de la Sala Tercera respecto de los actos administrativos presuntos en supuestos iguales o muy similares que el planteado en las presentes actuaciones.

**SEXTO.-** Por último, no resulta baladí, considerar que la doctrina de la sentencia mayoritaria conduce a concluir que, una vez transcurrido el plazo para dictar resolución, si medía petición judicial del solicitante, el FOGASA no tiene opción alguna para poder demandar y, en su caso, obtener la adecuación de su acto presunto a la



legalidad vigente, privándole de tutela judicial efectiva en las dos instancias en las que ha intervenido. De esta manera, además, se conforma una situación en la que, como sucede en el asunto que aquí nos concierne, se produce un panorama de enriquecimiento injusto por parte de la solicitante de prestaciones, enriquecimiento que se origina a costa del erario público, lo que resulta especialmente reprobable y poco respetuoso con la finalidad protectora del Organismo Público.

Por todo lo expuesto, entendemos que el recurso debió ser estimado y debió casarse y anularse la sentencia recurrida, estimando la demanda.

En Madrid a veintisiete de febrero de dos mil diecinueve.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ