



Roj: **STS 878/2018 - ECLI:ES:TS:2018:878**

Id Cendoj: **28079140012018100195**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/03/2018**

Nº de Recurso: **993/2017**

Nº de Resolución: **244/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 794/2017,**
STS 878/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 993/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 244/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 1 de marzo de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Jose Pedro , representado y defendido por el Letrado D. Luis Bello Uguet, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 27 de enero de 2017, en el recurso de suplicación nº 1157/2016 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 26 de octubre de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid , en los autos nº 291/2016, seguidos a instancia de dicho recurrente, contra el Fondo de Garantía Salarial, sobre reclamación de cantidad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida el Fondo de Garantía Salarial, representado y defendido por Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de octubre de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:«Desestimando la demanda formulada por DON Jose Pedro frente a FONDO DE GARANTÍA SALARIAL absuelvo al organismo demandando de la reclamación frente al



mismo formulada. Se advierte a las partes que esta sentencia es firme y contra ella no cabe interponer recurso alguno».

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º.- El demandante DON Jose Pedro DNI nº NUM000 trabajador en la empresa EL COFRAC SL fue despedido mediante carta de 02.01.2015 con efectos del siguiente día 19 al amparo del artículo 52. C ET alegando la empresa causas de carácter económico.

En la carta citada la empleadora indica "conforme a lo dispuesto en el art 53.1 b ET se pone a su disposición la indemnización que legalmente le corresponde, que asciende a la cantidad total de 5.637,83 euros. En estos momentos se pone a su disposición el 60% de dicha indemnización que asciende a 3.382,70 euros, que son entregados mediante talón nominativo nº NUM001 . Asimismo, le informamos que la cantidad restante de la indemnización, es decir, el 40% que asciende a la cantidad de 2.255,13 euros, usted se lo tendrá que solicitar al FOGASA en el plazo de un año".

(Folios nº 24 a 26 de autos).

2º.- El trabajador presenta el 30.01.2015 solicitud de prestaciones ante el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL aportando la carta de despido. (Folios nº 23 de autos)

3º.- El Fondo de Garantía Salarial dicta resolución el 25.01.2016 denegando la solicitud al demandante porque "la relación laboral del trabajador.....se ha extinguido por..... despido objetivo del art 52 ET con posterioridad al 31 de diciembre de 2013, teniendo la empresa menos de 25 trabajadores" (Folios nº 18 a 22 de autos).».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 27 de enero de 2017 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del Jose Pedro contra la sentencia de fecha 26 de octubre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid , en autos nº 291/2016, seguidos a instancia de Jose Pedro contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, en reclamación de CANTIDAD, confirmando la misma».

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Bello Uguet en representación de D. Jose Pedro , mediante escrito de fecha 28 de febrero de 2017, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 16 de marzo de 2015 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 43.1.2 y 3 a) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común y del art. 28.7 del Real Decreto 505/1985 .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 29 de septiembre de 2017 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO .- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 1 de marzo de 2018, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por la representación legal de la parte actora se interpone el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 27 de enero de 2017 (rec 1157/2016) desestimatoria de su demanda frente al FOGASA en reclamación de cantidad.

De los hechos declarados probados por la resolución recurrida destacamos los siguientes: 1) El demandante fue despedido al amparo del artículo 52. C ET alegando la empresa causas de carácter económico. 2) La carta de despido de fecha 2/01/2015 y efectos del 19/01/2015, indicaba que "conforme a lo dispuesto en el art 53.1 b ET se pone a su disposición la indemnización que legalmente le corresponde, que asciende a la cantidad total de 5.637,83 euros. En estos momentos se pone a su disposición el 60% de dicha indemnización que asciende a 3.382,70 euros, que son entregados mediante talón nominativo nº NUM001 . Asimismo, le informamos que la cantidad restante de la indemnización, es decir, el 40% que asciende a la cantidad de 2.255,13 euros, usted se lo tendrá que solicitar al FOGASA en el plazo de un año". 3) El trabajador presenta el 30.01.2015 solicitud de



prestaciones ante el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL aportando dicha comunicación. 4) El Fondo de Garantía Salarial dicta resolución el 25.01.2016 denegando la solicitud al demandante porque "la relación laboral del trabajador.....se ha extinguido por..... despido objetivo del art 52 ET con posterioridad al 31 de diciembre de 2013, teniendo la empresa menos de 25 trabajadores."

2. Partiendo de nuestra doctrina -transcribe al efecto la STS de 16 de marzo de 2015 (rcud 802/2014)- aquella sentencia atiende a la fecha en que acaece el despido -carta de fecha 2/01/2015, con efectos 19/01/2015-, cuando ya no estaba vigente el apartado 8 del artículo 33 del ET -que decía:

" En los contratos de carácter indefinido celebrados por empresas de menos de veinticinco trabajadores, cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los artículos 51 y 52 de esta Ley o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal , el Fondo de Garantía Salarial abonará al trabajador una parte de la indemnización en cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores al año. No responderá el Fondo de cuantía indemnizatoria alguna en los supuestos de decisiones extintivas improcedentes, estando a cargo del empresario, en tales casos, el pago íntegro de la indemnización.

El cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo. ", por mor de la disposición final 5 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre .

SEGUNDO.- 1 . El recurso invoca como sentencia de contraste la dictada por la esta Sala, de fecha 16 de marzo de 2015, rcud 802/2014 y denuncia la vulneración de los arts. 43.1.2 y 3 a 9 LRJAPAC y 28.7 RD 505/1985 por entender que el efecto del silencio administrativo positivo amparaba su pretensión.

En la resolución referencial se resuelve un supuesto en el que el trabajador reclama al FOGASA, con fecha 8 de marzo de 2011, el 40% de la indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo. Con fecha 1 de julio de 2011 se dicta resolución en la que se le deniega la prestación. El trabajador presenta demanda pretendiendo que se deje sin efecto la resolución administrativa por haberse dictado fuera del plazo para resolver. La sentencia de suplicación desestima la demanda al existir resolución expresa. Dicha sentencia es casada por esta Sala porque considera que la falta de resolución expresa en plazo provoca el silencio administrativo positivo que permite entender estimada la solicitud.

2. El Ministerio Fiscal ha informado en el sentido de entender que el recurso es procedente, siendo impugnado por la parte recurrida que alega la inexistencia de contradicción y, en otro caso, la desestimación de la cuestión de fondo.

TERCERO.- 1. Comenzamos recordando que el art. 219 LJS exige -para la viabilidad del RCU- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo (que se refiere como doctrina de contradicción a la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades públicas, así como a la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea)- una sentencia de un Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo, y que el cumplimiento de aquella exigencia se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS SG 13/07/17 -rcud 2976/15 -; 18/07/17 -rcud 1532/15 -; y 19/07/17 -rcud 3255/15 -), sin que tal contradicción pueda surgir -tan sólo- de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias (SSTS -por ejemplo- 05/07/17 -rcud 2734/15 -; 11/07/17 -rcud 2871/15 -; y 13/07/17 -rcud 2788/15 -) y sin que a la par sea exigible una identidad absoluta entre los supuestos a enjuiciar (SSTS, entre tantas anteriores, 30/06/17 -rcud 3402/15 -; 11/07 / 17 -rcud 2871/15 -; y 13/07/17 -rcud 2788/15 -).

Pero también debemos referir que si bien el indicado examen de la contradicción normalmente comporta un previo juicio de valor abstracto acerca de la cuestión debatida, de todas formas hay situaciones en las que «la determinación acerca de la igualdad o desigualdad de los presupuestos fácticos requiere simultánea definición sobre el fondo de la cuestión debatida, porque la diversidad o identidad sustancial de los supuestos contrastados únicamente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, con necesidad de expresar de manera frontal la interpretación que se atribuye a la disposición -legal o convencional- de que se trata» (SSTS 09/12/10 -rcud 831/10 -; ... SG 20/10/15 -rcud 1412/14-; ... SG 23/11/16 -rcud 815/15-; ... 15/05/17 -rcud 1495/15-). Y éste es precisamente uno de ellos, como acto seguido veremos.

2. En efecto, es doctrina de esta Sala que el silencio positivo opera cuando no se ha dictado resolución expresa dentro del plazo de que dispone FOGASA para resolver las solicitudes en reclamación de las prestaciones que debe garantizar a los trabajadores han tenido reconocidos en vía judicial unos créditos frente al empleador



y éste ha resultado insolvente o, en otros resultan los citados créditos de una responsabilidad directa de FOGASA, cuando la empresa tiene menos de 25 trabajadores, siendo a cargo del citado organismo el 40% de la indemnización por extinción contractual. Ahora bien, esa doctrina general atiende a las circunstancias fácticas que en ellas se presentaron y a lo que se cuestionó y debatió en ella, y es evidente que esas situaciones y debates pueden no estar presentes en otros procesos o resoluciones judiciales que los resuelven, pudiendo justificar un distinto pronunciamiento y no ser por ellos contradictorios.

3 . Y esto es lo que sucede en el presente recurso en el que no se cumple el requisito de contradicción tal y como igualmente hemos argumentado, entre otros, en Auto de tres de Octubre de dos mil diecisiete (rcud 3390/2016).

Decíamos allí que el actor recurrente en suplicación denunciaba la vulneración de la Disposición Final 5ª de la Ley 22/2013 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, y del art. 43 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (L.R.J.P.A .C). Sin embargo la Sala no acogió su planteamiento, por considerar que en ese caso "lo relevante es la fecha de efectos del despido, 3 de enero de 2014, y no la fecha de la carta de despido, 23 de diciembre de 2013, en conformidad con la jurisprudencia que cita el juzgador de instancia, porque derogado el art. 33.8 Estatuto de los Trabajadores desde el 1 de enero de 2014, por la Disposición Final 5ª de la Ley 22/2013 de 23 de diciembre , la pretensión no era real y posible desde el punto de vista jurídico, ni existía tampoco el derecho, por lo que no cabe confundir el caso en el que se formula una pretensión conforme a una norma vigente, cuyo alcance no se compadece con los efectos que se postulan, que en ningún caso podría pensarse atribuidos por el mero efecto del silencio administrativo, desconectado de cualquier título jurídico razonable." Análoga fundamentación contiene la sentencia actualmente recurrida.

Sigue expresando el referido Auto que la referencial concluía que "lo único que puede impedir el juego del silencio positivo por el transcurso del plazo máximo es que exista norma con rango de ley o norma de Derecho Comunitario que prevea para el caso el efecto negativo del silencio, puesto que la garantía que supone el instituto del silencio administrativo sólo cede cuando existe un interés general prevalente o cuando realmente el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista.

En el caso de la pretensión que se deducía en la sentencia de contraste esta Sala concluye que la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial por el 40 % de la indemnización legal de despido ex art. 33.8 Estatuto de los Trabajadores es una responsabilidad directa, que constituye un beneficio legal a favor de las empresas que cuentan con una plantilla inferior a 25 trabajadores, independientemente de la situación económica empresarial."

Determina a continuación que no puede apreciarse la contradicción "porque las pretensiones y los supuestos de hecho que se enjuician en cada caso difieren, debiendo concluir que las doctrinas que se deducen en cada una no son contradictorias, aplicando además la misma doctrina en torno al silencio administrativo positivo.

En la sentencia recurrida la Sala rechaza la pretensión del trabajador frente al Fondo de Garantía Salarial, porque a la fecha de efectos del despido, 3 de enero de 2014, derogado ya el art. 33.8 Estatuto de los Trabajadores por la Disposición Final 5ª de la Ley 22/2013 de 23 de diciembre , la pretensión que formulaba el trabajador no era real y no existía el derecho, por lo que en ningún caso podría pensarse atribuido aquel por efecto del silencio administrativo, desconectado de cualquier título jurídico razonable. Sin embargo en la sentencia de contraste lo que se postulaba era el abono del 40% de la indemnización correspondiente a un trabajador cuyo contrato se había extinguido, por aplicación del art. 33.8 del Estatuto de los Trabajadores , concluyendo esta Sala que la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial por el 40 % de la indemnización legal ex art. 33.8 Estatuto de los Trabajadores es una responsabilidad directa, que constituye un beneficio legal a favor de las empresas que cuentan con una plantilla inferior a 25 trabajadores, concluyendo en aquel caso que lo único que podía impedir el juego del silencio positivo era la existencia de una norma con rango de ley o norma de Derecho Comunitario que previera para el caso el efecto negativo del silencio, puesto que la garantía del silencio administrativo cede cuando realmente el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista."

La misma solución hemos de adoptar en el presente supuesto, cuyos hechos temporales de partida, y también la normativa de cobertura, resultan parangonables al impugnado en el citado rcud 3390/2016.

CUARTO .- Por las precedentes consideraciones -oído el Ministerio Fiscal-, se debe desestimar el recurso. La existencia de causas que, en su momento, debieron provocar la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (SSTS 05/04/17 -rcud 1932/16 -; 25/04/17 -rcud 3190/15 -; y 26/04/17 -rcud 1995/15 -.

Correlativamente procede confirmar la sentencia recurrida declarando su firmeza.

Sin 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 :

1º.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Jose Pedro , representado y asistido por el letrado D. Luis Manuel Bello Uguet.

2º.- Confirmar la sentencia dictada el 27 de enero de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación nº 1157/2016 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid, de fecha 26 de octubre de 2016 , recaída en autos núm. 291/2016, seguidos a instancia de D. Jose Pedro , contra el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), sobre reclamación de cantidad, declarando la firmeza de la sentencia impugnada.

3º.- No imponer costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS