



Roj: **STS 2213/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2213**

Id Cendoj: **28079140012017100389**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/04/2017**

Nº de Recurso: **669/2016**

Nº de Resolución: **332/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ MU 1690/2015,**  
**STS 2213/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 20 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), representado y asistido por el abogado del Estado, contra la sentencia dictada el 22 de junio de 2015 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en recurso de suplicación nº 1089/2014, interpuesto contra la sentencia de fecha 5 de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Murcia, en autos núm. 362/2014, seguidos a instancias de D. Miguel Ángel, contra FOGASA. Ha comparecido como parte recurrida D. Miguel Ángel representado y asistido por el letrado D. Luis Alberto Prieto Martín.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª **Maria Lourdes Arastey Sahun**

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 5 de septiembre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 7 de Murcia dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- El actor Miguel Ángel vino prestando sus servicios desde el 1/9/2003 por cuenta y bajo la dependencia de la empresa "Gráficas Surenavas, S.L.", con la categoría profesional de Peón y con salario mensual de 1.390'56 €, incluyendo la p.p. extras.

SEGUNDO.- El 11/3/2010 la empresa despidió al trabajador, despido declarado nulo en sentencia dictada el 5/7/2010 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Murcia en el proceso núm. 438/2010. En la misma sentencia se declaró la extinción de la relación laboral por encontrarse la empresa cerrada y sin actividad.

TERCERO.- A resultas de lo anterior el Fogasa, en expediente núm. NUM000, dictó resolución en fecha 16/12/2011 por la que reconoció al actor el derecho a percibir 4.403'25 € en concepto de salarios de tramitación y 9.617'63 € en concepto de indemnización.

CUARTO.- El 31/7/2012 el Juzgado de lo Social nº 4 de Murcia dictó sentencia en los autos nº 1063/2010, por la que condenaba a la empresa a abonar al trabajador 3.290'99 € correspondientes a salario de enero de 2010 (1.390'56 €), salario de febrero de 2010 (1.390'56€) y salario de 9 días de marzo de 2010 (509'87 €).

QUINTO.- El 4/9/2013 el secretario judicial del Servicio Común de Ejecución dictó decreto en proceso de ejecución de la sentencia citada en el ordinal precedente, por el que declaró a la empresa ejecutada en situación de insolvencia por un importe de 3.619'99 € (3.290'99 € de principal y 329 € correspondientes a intereses moratorios).



SEXTO.- Con fundamento en lo anterior, el 1/10/2013 el actor formuló solicitud de prestaciones ante el Fogasa, que tuvo entrada en este Organismo el 4/10/2013.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando la demanda formulada por Miguel Ángel contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, condeno al Organismo demandado a abonar al demandante 3.2090'99€, más el interés legal de dicha cantidad hasta su completo pago.».

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Fondo de Garantía Salarial ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, la cual dictó sentencia en fecha 22 de junio de 2015 , en la que consta el siguiente fallo:

«Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, contra la sentencia número 00320/2014 del Juzgado de lo Social número 7 de Murcia, de fecha 5 de septiembre , dictada en proceso número 0362/2014, sobre CONTRATO DE TRABAJO, y entablado por Miguel Ángel frente a FONDO DE GARANTÍA SALARIAL; y confirmar como confirmamos el pronunciamiento de instancia.».

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

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS ), el recurrente propone, como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 27 de junio de 2014, (rollo. 1308/2014 ).

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 27 de septiembre de 2016 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días .

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

**QUINTO.-** Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5 de abril de 2017, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

En 1 de octubre de 2013 el demandante solicitó del fondo las prestaciones derivadas de la declaración de insolvencia de la empresa en el trámite de ejecución de sentencia por deudas salariales. Ante la falta de respuesta, el trabajador interpuso demanda frente al FOGASA en fecha 21 junio 2014 y, frente a la alegación del organismo de que había recaído resolución en plazo pero que no se había notificado al trabajador ni abonado la cantidad reconocida, el Juzgado de lo Social nº 7 de los de Murcia dictó sentencia en la que razona que, al no constar acto de instrucción o resolución alguna sobre la solicitud del actor, había de entenderse estimada ésta por silencio positivo; criterio compartido por la Sala de suplicación.

2. El recurso del FOGASA contiene un único motivo, en el que se denuncia la infracción de los arts. 43.1 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC ) y 28.7 del RD 505/1985, de 6 de marzo , en relación con el art. 33 del Estatuto de los trabajadores (ET ). Se aporta, como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 27 de junio de 2014 (rollo 1308/2014 ).

3. La citada sentencia referencial aborda también la cuestión de la falta de contestación expresa del FOGASA y del efecto del silencio administrativo.

Se da también la circunstancia común en ambos casos de que la controversia surge por la discrepancia del Fondo respecto del importe de la prestación controvertida, sosteniéndose por éste que lo reclamado por los trabajadores excedería de los límites legales de su responsabilidad.

Concorre, pues, la contradicción que exige el art. 219.1 LRJS , como asimismo sostiene el Ministerio Fiscal, ya que siendo el núcleo del debate litigioso el de las consecuencias del silencio administrativo, las sentencias comparadas llegan a soluciones completamente opuestas al entender la de contraste que no cabría otorgar por silencio administrativo lo que no es posible reconocer en virtud de los límites del art. 33.8 ET .



**SEGUNDO.-** 1. El recurso del FOGASA únicamente plantea la cuestión de la ineficacia del efecto positivo del silencio cuando el resultado del mismo pueda ser antijurídico, como lo es, a su juicio, que el trabajador acabe obteniendo una cantidad superior a la que resultaría de aplicar los topes del art. 33 ET .

No se suscita pues en el recurso la posible eficacia de una resolución no notificada al solicitante y, por ende, parte la propia recurrente de la aceptación de la extemporaneidad de su resolución en la medida en que la notificación de la misma no se había producido todavía cuando se agotó el plazo de resolución de tres meses del art. 28.7 del Real Decreto 505/1985 , de organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

2. Esta materia ha sido ya abordada por esta Sala IV del Tribunal Supremo en la STS/4ª de 16 marzo 2015 (rcud. 802/2014 ), seguida por la STS/4ª de 4 octubre 2016 (rcud. 2323/2015 ).

Recordando que el citado art. 28.7 RD 505/1985 dispone que el plazo máximo para que el Fondo dicte resolución «será de tres meses, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud», hemos considerado que dicha disposición no establece ninguna excepción y, por ello, debe aplicarse a la totalidad de los expedientes cuya tramitación corresponde al Fondo.

3. Poníamos allí de relieve que la normativa no regula los efectos que para el administrado pudiera tener el incumplimiento del referido plazo. En consecuencia, hemos de acudir a la Ley 30/92, cuyo art. 2.2 comprende al FGS en su ámbito de aplicación.

El art. 43.1 de esa Ley dispone que, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista, «el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado... para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en que una norma con rango de ley... o una norma de Derecho Comunitario establezcan lo contrario».

El nº 2 de ese artículo establecía, a su vez, que «la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento». Y el nº 3 del mismo precepto condicionaba el sentido de la resolución expresa, al disponer 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».

Añadíamos allí que no podíamos aceptar «el argumento de que no resulta posible obtener por silencio administrativo licencias o autorizaciones contra legem o en contra del ordenamiento jurídico, ya que tal argumentación se refiere a supuestos distintos y, como hemos visto, lo único que puede impedir el juego del silencio positivo por el transcurso del plazo máximo en resolver, en los procedimientos iniciados de instancia o de parte, es que exista norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario que prevea para el caso el efecto negativo del silencio, lo cual no ocurre en el caso de autos».

Y manifestábamos nuestra coincidencia con la opinión del Ministerio Fiscal - que se reproduce también en este caso- cuando señalaba que «la exposición de motivos de la ley 30/92 anuncia que el silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico formal, sino la garantía que impida que los derechos de particulares se vacíen de contenido cuando la Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado. Esta garantía, exponente de una Administración en la que ha de primar la eficacia sobre el formalismo, solo cederá cuando exista un interés general prevalente o, cuando realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista. Así, la sentencia de la Sala Tercera de 2-2-2012 precisa que el silencio administrativo pueda tener lugar ante cualquier clase de solicitud, siempre que su contenido sea real y posible desde el punto de vista material y jurídico».

Como se indica en la STS/3ª de 25 septiembre 2012 (rec. 4332/2011 ), «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.»

4. Señalamos ahora que la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, recoge en su art. 24 idéntica regulación a la examinada, indicando que la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del silencio administrativo.

5. La doctrina del Tribunal Constitucional viene a avalar la imposibilidad de revisión de la legalidad ordinaria del acto expreso en la STC 52/2014 , cuando 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.

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).

**TERCERO.-** 1. El mantenimiento de nuestra doctrina comporta la desestimación del recurso de casación para unificación de doctrina al ser la sentencia recurrida respetuosa con la misma.

2. De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, no procede la condena en costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 22 de junio de 2015 (rollo 1089/2014), recaída en el recurso de suplicación formulado por dicha parte contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de Murcia de fecha 5 de septiembre de 2014 en los autos núm. 362/2014 seguidos a instancia de D. Miguel Ángel contra el ahora recurrente. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D<sup>a</sup> Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez 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> **María Lourdes Arastey Sahun** D. Miguel Angel Luelmo Millan D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego D. Jordi Agusti Julia

## VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez en la sentencia dictada en el recurso 669/2016 y al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D.<sup>a</sup> Maria Milagros Calvo Ibarlucea, D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, D. Miguel Angel Luelmo Millan y D. Antonio V. Sempere Navarro.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación 669/2016, por discrepar -con mi mayor respeto- del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, al no compartir no ya la solución final adoptada en orden al concreto derecho del trabajador a las prestaciones solicitadas, sino más fundamentalmente por la doctrina general que en tal resolución se sienta en orden al alcance que ha de darse al silencio positivo en el caso de reclamaciones salariales o indemnizatorias sustitutorias. Discrepancia que pretendo justificar con los fundamentos jurídicos que siguen

**PRIMERO.-1.- El silencio administrativo como técnica de garantía.-** El art. 103 CE dispone que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales, rigiéndose -entre otros- por el principio de eficacia, «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho», lo que se traduce -al decir de autorizada doctrina- en el establecimiento de cauces formales que garanticen el adecuado equilibrio entre la eficacia de esa actuación administrativa y la imprescindible salvaguarda de los derechos de los ciudadanos. Y en esta finalidad de garantía se enmarca la institución jurídica del ,silencio administrativo,, que constituye una técnica jurídica por cuya virtud transcurrido el plazo legal sin haber obtenido respuesta, el particular interesado puede presumir por ministerio de la ley que sus pretensiones han sido obtenidos de forma tácita, entendiéndose o bien que han sido estimadas y por lo tanto también puede ejercer el correspondiente derecho [silencio positivo], o bien que han sido desestimadas y puede en su caso recurrir la denegación [silencio negativo].

Al efecto, la LPA/1958 estableció como regla general el efecto negativo del silencio, y como excepción el silencio positivo. Régimen superado por la LRJPAC/1992 [26/Noviembre], clarificada por la Ley 9/1999 [13/Enero], y cuyo texto sustancialmente mantiene el -inaplicable en autos- art. 24 de la Ley 39/2015 [1/Octubre], del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, derogatoria de la LRJPAC [DD Única, 2.a)]. Y efectivamente, tal como señala la decisión que acoge la mayoría de la Sala, con arreglo al art. 43 LRJPAC -vigente en el momento en que el silencio hubo de producir sus efectos: STS 3<sup>a</sup> 15/01/15 [rec. 691/13]-, en los procedimientos administrativos iniciados a solicitud del interesado,



como es el caso debatido, salvo en los supuestos que la propia norma expresamente contempla y que ninguna relación guardan con el presente [derecho de petición; transferencia de facultades administrativas; impugnación de actos y disposiciones], «el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario».

**SEGUNDO.- 1.- Aplicabilidad del silencio positivo al FOGASA.-** Pues bien, la cuestión que se plantea ante la Sala en el presente procedimiento es si la eficacia positiva del silencio es aplicable a las prestaciones de garantía salarial, y si en su caso -este es el punto en que muestro discrepancia- el mismo ha de tener algún límite o se extiende a los términos de la solicitud, cualesquiera que ellos fuesen y circunstancias procedimentales que concurriesen.

Que el silencio positivo alcanza a las referidas prestaciones no me ofrece duda, siendo así que, de un lado, el FOGASA se configura - art. 33.1 ET - como «Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines», por lo que en su actuación ha de regirse por las normas propias del procedimiento administrativo común [a la fecha de autos, LRJPAC], con las particularidades establecidas en los arts. 20 a 29 RD 505/1985 , y entre ellas la de que el plazo máximo para resolver «será de tres meses, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud». Y de otra parte, no existe norma alguna que establezca la eficacia negativa del silencio en la reclamación de prestaciones del FOGASA, pues respecto de ello nada se indica en el art. 33 ET , ni -como era de esperar- en la Directiva 2008/94/CE [22/Octubre], sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Es más, entre las 181 excepciones procedimentales que a la regla general del silencio positivo [ art. 43 LRJPAC ; art. 24 LPAC ] específicamente se refieren en la DA 29 de la Ley 14/2000 [29/Diciembre ], tampoco se incluye el supuesto de que tratamos.

Pero en todo caso no puede pasarse por alto que las reclamaciones de que tratamos guardan innegable proximidad con los procedimientos de Seguridad Social de que trata el art. 129.3 LGSS /2015 y para las que establece la regla opuesta del silencio negativo [«...sin que haya recaído resolución expresa, se entenderá desestimada la petición por silencio administrativo»], en tanto que el servicio que uno [FGS] y otras [Entidades Gestoras] tiene naturaleza prestacional, gestionan fondos de origen privado y procedentes de cotizaciones, y su aportación por las empresas se lleva a cabo por la TGSS y a través de los trámites ordinarios de cotización, conjuntamente con las cuotas por contingencias de Seguridad Social y conforme a las mismas bases que las contingencias profesionales y desempleo [ art. 12 RD 505/1985 ], por lo que si bien es innegable que se trata de cotizaciones diferenciables y que las prestaciones de garantía salarial no son propiamente prestaciones a la Seguridad Social, pareciendo más bien que su recaudación conjunta obedezca a la utilización instrumental del aparato de aquella Entidad Gestora, lo cierto es que esa común naturaleza privada -originaria- de los fondos gestionados y el carácter - también compartido- de que ambas prestaciones estén legalmente tasadas, son datos que invitan a la matización en la operatividad del silencio positivo -innegable, repetimos- en el caso del FOGASA; conclusión avalada, como posteriormente indicaré, por otras consideraciones.

**2.- La imposibilidad -general- de posterior acto expreso rectificador.-** Ciertamente no puedo pasar por alto las previsiones -contenidas en el propio art. 43 LRJPAC de que «2. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento... 3. ... a) 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». Y por ello tampoco puedo ignorar que una vez operado el silencio positivo no es dable efectuar -al menos en términos generales- un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, 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 [ art. 62.1.f) Ley 30/1992 ], no lo es menos que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto o anulable, la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecido por el art. 102 LRJPAC [ art. 106 LPAC ], o instar la declaración de lesividad (así, SSTS IIIª 15/03/11 - re. 3347/09 -; y 05/12/14 rec. 3738/12 . SSTS IVª 16/03/15 -rcud 802/14 -; y 04/10/16 -rcud 2323/15 -). De forma y manera que cualquier otra interpretación no sólo sería contraria a la naturaleza del silencio positivo plasmada en la LRLPAC, sino también a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima que la propia Ley también recoge, sin olvidar que siempre queda en manos de la Administración evitar los efectos distorsionadores de la adquisición de derechos cuando no se cumplen las condiciones para ello, mediante el simple expediente de resolver los procedimientos en plazo ( SSTS IIIª 27/04/07 -rec. 10133/03 -; 29/01/16 -rec. 1959/14 -; 19/04/16 -rec. 1877/15 -; y 19/07/16 -rec. 2273/15 -).



**TERCERO.- 1.- La singular naturaleza jurídica del FOGASA.-** Ahora bien, en línea con lo que más arriba indiqué acerca de la proximidad entre las prestaciones de garantía salarial y las de Seguridad Social [FJ Segundo, apartado 2], tampoco cabe olvidar que con independencia de su innegable cualidad de Administración institucional en tanto que Organismo Autónomo adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social [ art. 43 LOFAGE ], el FOGASA tiene -aparte de ese carácter administrativo- la peculiar naturaleza jurídica que deriva de ser un fiador *ex lege* al que hemos definido como peculiar ente asegurador -público- que se nutre de determinadas cuotas de los empresarios y que, a cambio, asume -dentro de ciertos límites cuantitativos predeterminados por la ley- el riesgo del pago a los trabajadores de salarios e indemnizaciones que no pudieron hacerse efectivas por el empleador por su carencia patrimonial (así, SSTS 22/04/02 -rec. 1545/01 -; 22/10/02 -rec. 132/02 -; y 29/06/15 -rcud 2082/14 -).

**2.- La pluralidad de intereses en juego.-** De otra parte, la resolución administrativa que en forma presunta -silencio positivo- resuelve las prestaciones de garantía no sólo afecta a los intereses del concreto trabajador solicitante, sino que interesa también de lleno a los del empleador [ art. 33.4 ET : «... el Fondo de Garantía Salarial se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores...»], a los restantes acreedores [ art. 33.4 ET : «...conservando el carácter de créditos privilegiados...»], al colectivo de empresarios [ art. 33.5 ET : «... se financiará con las aportaciones efectuadas por todos los empresarios...»], e incluso -siquiera de manera indirecta y por las afecciones ya referidas- a los demás trabajadores. Por lo que la notoria limitación de medios personales que afecta al FGS y la no menos evidente profusión de reclamaciones -por insolvencia empresarial- en situaciones de crisis económica como la presente, pueden generar -realmente están generando- indeseables retrasos, que por la vía del silencio positivo -sin matización aplicativa alguna- han de incidir negativamente no sólo en la situación financiera -escasamente boyante- del FOGASA, sino también -por consecuencia de ello- en los intereses de todos los afectados a que antes nos hemos referido.

Y debo resaltar que a mi juicio el problema no se solucionaría con la excepcional posibilidad de ampliación del plazo máximo de resolución que contempla el art. 42.6 LRJPAC [ art. 23.1 LPAC ], habida cuenta de la exigencia -legal y jurisprudencial- de que para ello debe hacerse expresa motivación «singularizada a las circunstancias del caso» y de que la medida no se adopte «de forma apriorística», sino «tan sólo después de haber adoptado todos los medios pertinentes para resolver en el plazo establecido» [así, STS IIIª 15/02/13 - rec. 3378/08 -]; porque -entiendo- con tales requisitos se hace inviable la aplicación del precepto a supuestos -como el ahora tratado- en los que la imposibilidad de resolver en plazo se debe no a una situación concreta sino al carácter masivo de las reclamaciones.

**3.- La necesidad de audiencia a los interesados.-** En línea con lo anteriormente expuesto sobre los varios intereses en juego y precisamente por ello, no hay que olvidar que el art. 24.2 RD 505/1985 [6/Marzo ] dispone que si la solicitud no apareciese suscrita también por la Empresa y, en su caso, por el órgano competente del concurso, el FOGASA dará traslado de la misma «a la empresa y al Juzgado donde se tramite el procedimiento concursal, a fin de que manifiesten lo procedente» y «[t]ranscurridos diez días sin recibirse contestación, se presumirá su conformidad con el contenido íntegro de la solicitud, continuándose la instrucción del expediente». Y en coherencia con tal previsión, siquiera respecto de supuesto diverso pero igualmente con terceros afectados, la Sala IIIª ha proclamado que la «audiencia del interesado, máxime cuando puede verse privado de un derecho o interés, es un principio general del procedimiento administrativo con anclaje en el art. 105 CE , que no puede ser soslayado. Ello significa que, a la hora de determinar el alcance del silencio administrativo positivo, no puede pasarse por alto si las personas eventualmente afectadas han tenido ocasión de hacerse oír» ( STS IIIª 28/10/14 -rec. 4766/11 -).

**4.- Singular operatividad del silencio respecto del FOGASA.-** Las precedentes indicaciones en orden a la naturaleza jurídica del FOGASA, a la existencia de diversos interesados, a su peculiar financiación por las empresas y a que por ello gestiona fondos de origen privado, a la cuantificación legal de sus prestaciones y a la expresa exigencia legal del traslado de la solicitud a los interesados, mi conclusión es la de que la aplicación de la técnica del silencio positivo, por fuerza ha de ser muy matizada. En concreto:

a).- Nunca puede operar el silencio positivo si en la tramitación del procedimiento, iniciado por exclusiva solicitud del trabajador, no se ha dado traslado de ella a la empresa u órgano del concurso.

b).- Aunque el silencio se configura -no cabe duda- como un verdadero acto administrativo y a la par declarativo de derechos para el beneficiario, esta última cualidad únicamente puede predicarse respecto de los presupuestos del derecho en sí mismo considerado [existencia de la relación laboral; idoneidad del procedimiento; habilidad del título ejecutivo; dimensión de la plantilla; etc], pero no del concreto alcance que en la expresa solicitud pretenda darse a la prestación, en tanto que la misma está legalmente cuantificada y por lo tanto la concreta reclamación ha de ajustarse a tales límites.



En línea con esta última afirmación he de resaltar que, como ya pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992 y recuerda constantemente la jurisprudencia contencioso-administrativa [ SSTS IIIª 05/06/06 -rec. 1483/01 -; 28/02/07 -rec. 302/04 -; 16/09/08 -rec. 10078/04 ; 02/02/12 -rec. 4232/09 -; y 22/07/14 -rec. 354/13 -], la garantía que el silencio supone «cederá cuando exista un interés general prevalente o, cuando realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista». Y no puede decirse, entiendo, que exista derecho alguno a las prestaciones que resulten formalmente -ya en la solicitud- superiores a las legalmente cuantificadas; es más, la naturaleza prestacional de la garantía y su expresa cuantificación legal, a mi juicio apuntan claramente -máxime si se atiende a la protección de los terceros afectados- a la posibilidad de que el FOGASA resuelva la ejecución del acto declarativo presunto, respetando el derecho pero concretando su contenido en los términos legales; concreción que -en su caso- igualmente ha de hacer el Juzgado de lo Social tras demanda interpuesta frente a la inactividad ejecutoria del FOGASA; y quede bien claro que me estoy refiriendo al trámite de ,ejecución, del acto administrativo presunto y no a una resolución oficiosa extemporánea que desconozca la previsión del art. 42.3 LRJPAC - art. 24,3.a) LPAC - [«...la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo»].

c).- Finalmente, frente al silencio positivo en ocasiones también han de resultar aplicables los principios generales del Derecho y más en concreto la proscripción el fraude de Ley [ art. 6.4 CC ], claramente apreciable en supuestos como -por ejemplo- los de reiteración de reclamaciones una vez agotadas las cuantías legalmente previstas, cual ha tenido lugar en el otro procedimiento examinado por la Sala en mismo Pleno [rcud 701/16], siendo así que la sentencia allí recurrida aplica -de forma indebidamente mecánica, a mi juicio- la técnica del silencio positivo a una quinta reclamación salarial efectuada por el mismo trabajador, cuando ya la cuarta había sido expresamente rechazada por «por haber percibido ya 150 días de salario en los expedientes anteriores».

**5.- La concreta solución del caso de autos.-** Este planteamiento me lleva a disentir del criterio mayoritario, tanto en su formulación general y expresiva de que frente al acto presunto generado por silencio positivo, sólo cabe acto administrativo plenamente confirmatorio, cuanto en la solución del concreto supuesto debatido, inadmitiendo toda objeción del FOGASA a la reclamación de prestaciones sustitutorias por salarios impagados [3.290,99 € de principal y 329 € de intereses moratorios], y ello pese a constar declarado probado que en la tramitación del expediente administrativo «no consta acto de instrucción» alguno, y -por lo mismo- ha de inferirse que no se dio traslado de la solicitud de prestaciones a la empresa; que por cierto, tampoco ha sido parte en el presente procedimiento. Razones las expuestas que debieran haber llevado a la estimación del recurso y a la revocación de la sentencia recurrida, con necesario examen de la objeción alegada por el FOGASA.

En Madrid, a 4 de mayo de 2017.