



Roj: **STS 2214/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2214**

Id Cendoj: **28079140012017100390**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/04/2017**

Nº de Recurso: **701/2016**

Nº de Resolución: **333/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ MU 2228/2015,**
STS 2214/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 20 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Fondo de Garantía Salarial, representado y asistido por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2015 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el recurso de suplicación núm. 929/2014, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cartagena, de fecha 10 de julio de 2014, recaída en autos núm. 992/2013, seguidos a instancia de D^a. Genoveva, contra Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), sobre Cantidad. Ha sido parte recurrida D^a. Genoveva, representada y asistida por el letrado D. Luis Alberto Prieto Martín.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de julio de 2014 el Juzgado de lo Social nº 1 de Cartagena dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO. La demandante prestó servicios para la empresa "Ulyses Hotels, S.L." desde el 18-6-06 hasta el 28-6-11, con salario mensual de 1.522,17 euros.

SEGUNDO. Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de esta ciudad de fecha 15-3-12 se condenó a la referida empresa a abonar a la trabajadora la cantidad de 5.481,49 euros por los conceptos de complemento de incapacidad temporal, plus de responsabilidad y pagas extraordinarias.

TERCERO. En fecha 9-7-12 se dictó decreto por el mismo Juzgado en el que se declaraba la insolvencia provisional de la empresa demandada.

CUARTO. La demandante presentó reclamación frente al Fondo de Garantía Salarial en fecha 28-9-12.

QUINTO. El organismo demandado dictó resolución denegatoria el 25-4-13.

SEXTO. Previamente la actora había presentado ante el FOGASA tres reclamaciones derivadas de deudas salariales de la misma empresa, y se le reconocieron las cantidades de 1.319,80 €, 1.218,66 € y 15.173,68 € (salarios de tramitación e indemnización por despido) respectivamente.

SÉPTIMO. Presentada una cuarta reclamación, la misma fue desestimada por resolución de 21-3-13 por haber percibido ya 150 días de salario en los expedientes anteriores».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:



«Que desestimando la demanda interpuesta por D^a Genoveva , absuelvo al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL de las pretensiones deducidas en su contra».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a. Genoveva ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, la cual dictó sentencia en fecha 30 de septiembre de 2015 , en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando el recurso planteado por D^a Genoveva , revocamos la sentencia de instancia y en su lugar estimando la demanda presentada por D^a Genoveva , contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, condenamos al demandado a que le abone 5.481,49 euros correspondiente a salarios y complementos de incapacidad temporal.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal».

TERCERO.- Por la representación de Fogasa se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Murcia el 2 de febrero de 2016. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en fecha 7 de abril de 2014 (Rec. 87/2014).

CUARTO.- Con fecha 13 de octubre de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice 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.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5 de abril de 2017. Dada la trascendencia y complejidad del asunto, se acordó suspender el señalamiento acordado, trasladando el mismo para el día 19 de abril de 2017, para su deliberación, votación y fallo por la Sala en Pleno, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La representación letrada del Fondo de Garantía Salarial ha formulado 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 Murcia de 30 de septiembre de 2015, dictada en el recurso de suplicación nº 929/2014 , que estimó el recurso de suplicación interpuesto por D^a. Genoveva contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Cartagena y, en consecuencia, condenó al Fondo de Garantía Salarial al abono a la actora de determinada cantidad líquida correspondiente a salarios y complementos de incapacidad temporal.

2.- En la sentencia recurrida, por lo que a los presentes efectos casacionales interesa, constan las siguientes circunstancias: 1) Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Cartagena se condenó a la empresa Ulyses Hotels, S.L. a abonar a la trabajadora en concepto de salarios y complementos de incapacidad temporal la suma de 5.481,49 euros. 2) Instada la ejecución, el indicado Juzgado dictó Auto de insolvencia provisional de la mercantil demandada con fecha 9 de julio de 2012 . 3) La demandante presentó solicitud- reclamación al Fondo de Garantía Salarial el 28 de septiembre de 2012. 4) El FOGASA desestimó la anterior reclamación con fecha 21 de marzo de 2013 alegando que la actora ya había solicitado y obtenido cantidades en reclamaciones anteriores derivadas de su relación laboral con la misma empresa, por lo que ya había percibido los 150 días de salario en los expedientes anteriores, no teniendo derecho a ninguna otra cantidad.

Con estos hechos, el Juzgado de instancia desestimó la demanda de la trabajadora, pues -aun reconociendo que había existido silencio administrativo positivo- entendió que tal forma de obtención del derecho no resultaba aplicable en supuestos -como el de autos- en los que la actora carecía absolutamente del derecho reclamado. Sin embargo, la sentencia de suplicación, de la sala de lo social del TSJ de Murcia, acogió favorablemente el recurso y condeno al FOGASA entendiendo que el silencio administrativo resulta ser un acto administrativo eficaz que despliega plenos efectos y respecto del cual no es posible una ulterior resolución expresa administrativa que revoque lo ya obtenido por los efectos del indicado silencio. En los casos en los que la Administración entienda que el derecho era inexistente podrá proceder a su revisión pero de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en las leyes.

3.- Invoca la recurrente como sentencia de contraste la dictada por la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 7 de abril de 2014, dictada en el recurso nº 87/2014 , en la que constan las siguientes circunstancias: 1) Una trabajadora y su empresa llegaron a un acuerdo conciliatorio ante el servicio administrativo correspondiente en el que transaccionaron el despido y diferentes deudas salariales, por lo que la mercantil demandada se comprometió a abonar a la trabajadora determinadas cantidades en concepto de



indemnización y salarios adeudados. 2) La empresa incumplió el calendario de pagos pactado y no abonó la cantidad establecida. 3) Instada la ejecución, el Juzgado de lo Social nº 3 de Navarra dictó auto declarando a la empresa en estado de insolvencia provisional. 4) La trabajadora interpuso reclamación al FOGASA con fecha 28 de abril de 2010. 5) Por resolución de fecha 18 de agosto de 2011, notificada el 3 de septiembre de 2011, el FOGASA rechazó la reclamación denegando el pago de la cantidad reclamada, alegando que tales cantidades habían sido pactadas en conciliación ante órgano administrativo y no como consecuencia de conciliación judicial, resolución administrativa o sentencia.

Con estos hechos, la sentencia referencial, confirmando la de instancia, desestimó la reclamación contra el FOGASA argumentando que el silencio administrativo no debe de ser un instituto jurídico normal sino la garantía que impide que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando la administración no los atiende eficazmente o con la celeridad debida, pero esa garantía cede cuando, como aquí sucede, el derecho cuyo reconocimiento se postula no existe.

SEGUNDO.- 1.- A la vista de las sentencias comparadas procede admitir la existencia de contradicción puesto que, en ambos casos los hechos relevantes se contraen a la existencia de una reclamación de cantidades al FOGASA que no habían sido pagadas por las empleadoras demandadas que habían sido declaradas en situación de insolvencia. Las pretensiones son las mismas, puesto que lo que se pretende en ambos casos es que se deje sin efecto la resolución expresa denegatoria del FOGASA por haberse dictado superado el plazo de tres meses previsto en el artículo 28.7 RD 505/1985 de 6 de marzo, en relación con los artículos 43.1 y 43.2 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando ya debía entenderse estimada por silencio administrativo positivo. En relación con los fundamentos, ambas Salas razonan sobre si debe entenderse estimada por silencio administrativo positivo la solicitud, cuando el FOGASA dicta resolución transcurrido el plazo de tres meses.

Los fallos son totalmente contradictorios, ya que en el supuesto de la sentencia recurrida la Sala entiende que debe estimarse la pretensión por silencio administrativo positivo puesto que ha existido resolución expresa, mientras que la sentencia de contraste entiende que la resolución debe mantenerse, aun habiendo transcurrido un plazo superior a tres meses, puesto que en los casos de inexistencia del derecho sustantivo que subyace en la pretensión, no jugaría el silencio positivo.

2.- El organismo recurrente denuncia la infracción del art. 43.1.2 y 3 a) de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del art. 28.7 del Real Decreto 505/1985, en relación con el artículo 33 ET y la jurisprudencia. La cuestión debatida en el presente recurso de casación unificadora se contrae a determinar si debe entenderse estimada por silencio positivo la solicitud al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) de abono de cantidades salariales debidas a un trabajador por su empresa insolvente, cuando la resolución expresa de dicho organismo, se dicta en plazo superior a los tres meses a que se refiere el Real Decreto 505/1985, de organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial; y si esta resolución tardía, desestimatoria de la pretensión, carece de eficacia para enervar el derecho del administrado ganado anteriormente por silencio positivo.

3.- La cuestión aquí controvertida ya ha sido resuelta por esta Sala en el sentido en el que se ha pronunciado la sentencia recurrida y a tal doctrina hemos de estar por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley y porque no existen razones que justifiquen un cambio de doctrina, sino todo lo contrario, hemos de mantener la ya expresada. Todo ello ha de conducir, como interesa el Ministerio Fiscal en su informe a la desestimación del recurso y consiguiente confirmación de la sentencia recurrida..

TERCERO.- 1.- En efecto, en nuestra STS de 16 de marzo de 2015, rcud. 802/2014, tras analizar la concurrencia de contradicción, los preceptos aplicables, en especial, el plazo que tiene el organismo público aquí recurrente para proceder a contestar a la reclamación del interesado que, según dispone el artículo 28.7 RD 505/1985. "será de tres meses, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud" añadíamos que dicha disposición no establece ninguna excepción, por lo que se aplica a la totalidad de los expedientes cuya tramitación corresponde al Fondo.

Igualmente precisábamos que la normativa legal y reglamentaria que regula los procedimientos administrativos para las reclamaciones al Fondo de Garantía Salarial no regula los efectos que para el administrado pudiera tener el incumplimiento del referido plazo, razón por la que ha de acudirse a la Ley 30/92 -que resulta de indudable aplicación al FOGASA- y cuyo artículo 43.1 -vigente por razones temporales al supuesto de autos- establecía 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 legítima 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», excepción que no se da en el caso de autos, donde sí se dictó, en



cambio, resolución expresa extemporánea. El nº 2 de este 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».

Tan claro panorama legislativo nos llevó a reseñar que «No podemos aceptar la argumentación del Abogado del Estado 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.

Como señala con acierto el Ministerio Fiscal, 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 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 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.".

2.- También en nuestra anterior sentencia recordamos que esa doctrina comportaba el seguimiento de la genuina interpretación que del silencio administrativo positivo venía haciendo la Sala Tercera de este Tribunal de la que la STS -3ª- de 25 de septiembre de 2012 (Rec. 4332/2011) resultaba ejemplo paradigmático al establecer: «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».

3.- No puede ser otra la interpretación de los preceptos administrativos denunciados en el recurso a la vista de la expuesta jurisprudencia de la Sala 3ª de este Tribunal y de la propia exposición de motivos de la Ley 30/1992 (LRJPAC) que, sobre el silencio positivo, señala «El objetivo de la Ley no es dar carácter positivo a la inactividad de la Administración cuando los particulares se dirijan a ella. El carácter positivo de la inactividad de la Administración es la garantía que se establece cuando no se cumple el verdadero objetivo de la Ley, que es que los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido. El silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado». En esos idénticos términos se pronuncia la STC 52/2014, de 10 de abril , confirmando que en la norma legal que se aplica el juego del silencio no está en conexión directa con la legitimidad de la solicitud del interesado, sino que aparece como la consecuencia directa del incumplimiento de la obligación legal de la Administración pública de resolver expresamente dentro del plazo máximo fijado a tal fin.

CUARTO.- 1.- Esa misma regulación se contiene en la actualidad en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) en cuyo artículo 24 Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado y en el que se señala que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legítima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario; añadiendo que la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento, mientras que la desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente. 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.

Añade el precepto que los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución



expresa sin que la misma se haya expedido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido. Este certificado se expedirá de oficio por el órgano competente para resolver en el plazo de quince días desde que expire el plazo máximo para resolver el procedimiento. Sin perjuicio de lo anterior, el interesado podrá pedirlo en cualquier momento, computándose el plazo indicado anteriormente desde el día siguiente a aquél en que la petición tuviese entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para resolver.

2.- Esta doctrina no significa que la Sala entienda que, como regla general, pueden obtenerse prestaciones del FOGASA superiores o no previstas en el normativa vigente en cada momento. Antes al contrario: resulta evidente el carácter imperativo del artículo 33 ET . Ocurre, sin embargo, que el citado organismo esta 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 expesos 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.

QUINTO.- La aplicación de la doctrina anterior al supuesto aquí examinado conduce, tal como interesa el Ministerio Fiscal en su informe, a la desestimación del recurso de casación unificadora interpuesto por el FOGASA y a la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida

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

: 1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Fondo de Garantía Salarial, representado y asistido por el Abogado del Estado. 2.- Confirmar la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el recurso de suplicación núm. 929/2014 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cartagena, de fecha 10 de julio de 2014 , recaída en autos núm. 992/2013, seguidos a instancia de D^a. Genoveva , contra Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), sobre Cantidad. 3.- Imponer las costas a la recurrente.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D^a Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fdo. De Castro Fernández D. Jose Luis Gilolmo Lopez D^a M^a Luisa Segoviano Astaburuaga D. José Manuel López G^a de la Serrana D^a Rosa María Virolés Piñol D^a Lourdes Arastey Sahún D. Miguel Angel Luelmo Millan D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego D. Jordi Agusti Julia

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Luis Fernando de Castro Fernandez A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA Nº 701/2016, AL QUE SE ADHIEREN LOS EXCMOS/A. SRES/A. MAGISTRADOS/A, D^a MILAGROS CALVO IBARLUCEA, D. Miguel Angel Luelmo Millan y D. ANTONIO 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 obtenidas 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 3ª 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 del 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 presente procedimiento, siendo así que la sentencia 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 [5.481,49 €], y ello pese a constar declarado probado que esa era la quinta reclamación de prestaciones salariales que hacía el trabajador y que ya la cuarta había sido expresamente denegatoria por haber superado el límite legal; amén de no constar acreditado que se hubiera dado traslado de la solicitud prestacional a la empresa y administración concursal. 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. Madrid, a 3 de mayo de 2017.