



Roj: **STS 6179/2012 - ECLI:ES:TS:2012:6179**

Id Cendoj: **28079130042012100633**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **25/09/2012**

Nº de Recurso: **4332/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **SANTIAGO MARTINEZ-VARES GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 5704/2011,**  
**STS 6179/2012**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Septiembre de dos mil doce.

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, ha visto el recurso de casación número 4.332/2.011, interpuesto por el Sr. Abogado de la Generalidad de Cataluña, en representación y defensa de ésta, y por el Procurador de los Tribunales don Jorge Laguna Alonso, en nombre y representación de "PIMEC, pequeña y mediana empresa de Cataluña", contra la **sentencia de 20 de mayo de 2.011 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma de Cataluña, recaída en el recurso contencioso administrativo 512/2.008** .

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- El recurso contencioso administrativo nº 512/2.008, seguido ante la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma de Cataluña, contra la resolución de 14 de abril de 2.008, del Director de Relaciones Laborales del Departamento de Trabajo de la Generalidad de Cataluña, que denegó el reconocimiento a FEPIPE-Cataluña de la condición de organización empresarial más representativa en Cataluña, y contra la desestimación -por silencio administrativo negativo- del recurso de alzada deducido contra la anterior, terminó por sentencia de 20 de mayo de 2.011 , cuyo fallo es del siguiente tenor: " 1º.- Estimar íntegramente el presente recurso, declarando nulas de pleno derecho las resoluciones impugnadas y entender reconocida la condición de organización empresarial más representativa a FEPIPE. 2º.- No hacer expresa imposición de costas".

**SEGUNDO** .- Una vez notificada la citada sentencia la Generalidad de Cataluña y la parte codemandada "PIMEC, pequeña y mediana empresa de Cataluña", por escritos presentados respectivamente el 16 y 17 de junio de 2.011, manifestaron su intención de preparar recurso de casación, que se tuvieron por preparados por diligencia de 27 de junio de 2.011, siendo las partes emplazadas ante esta Sala del Tribunal Supremo.

**TERCERO** .- En sus escritos de formalización del recurso de casación, las referidas partes recurrentes interesaron fuera casada y anulada la sentencia recurrida, dictándose otra que desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por FEPIPE.

Mediante Auto de 9 de febrero de 2.012 de la Sección 1ª de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo , se tuvo por desistido del motivo primero y admitidos los motivos segundo a cuarto del recurso de casación interpuesto por el Abogado de la Generalidad de Cataluña, y la admisión a trámite del recurso de casación interpuesto por "PIMEC, pequeña y mediana empresa de Cataluña".

**CUARTO** .- La Procuradora doña Rosa Sorribes Calle, en la representación que tiene legalmente conferida de "Federación de empresarios de la pequeña y mediana empresa de Cataluña", interesó en su escrito de oposición



que fuera dictada sentencia por la que fueran desestimados los recursos de casación, al ser la sentencia recurrida plenamente conforme a Derecho, con imposición de las costas por ser preceptivas.

**QUINTO** .- Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día dieciocho de septiembre de dos mil doce, en cuya fecha se deliberó, votó y falló.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, Magistrado de la Sala que expresa la decisión de la misma.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La sentencia que constituye el objeto de este recurso de casación estimó el recurso contencioso administrativo planteado contra la desestimación presunta del recurso de alzada deducido contra la Resolución de 14 de abril de 2.008, de la Dirección General de Relaciones Laborales del Departamento de Trabajo, de la Generalidad de Cataluña anulando la misma que había desestimado la solicitud de la Federación de Empresarios de la Pequeña y Mediana Empresa de Cataluña ( en adelante FEPIIME), de reconocimiento de la condición de organización empresarial más representativa en Cataluña, al considerar la citada Resolución que con la documentación acompañada con el escrito de solicitud no acreditaba la recurrente contar con la representación de un mínimo del 15% de los empresarios y trabajadores en el ámbito de la Comunidad Autónoma, y ello, al entender la Sala de instancia, que la solicitante había obtenido ya previamente ese reconocimiento por silencio administrativo.

**SEGUNDO** .- La referida sentencia da respuesta a la pretensión del recurso contencioso-administrativo, de invalidez de la resolución expresa por contraria al sentido positivo del silencio anteriormente producido, para lo que aborda un doble orden de cuestiones.

En primer lugar, en su fundamento tercero, desestima la propuesta de la Administración de la Generalidad de Cataluña, de reconducir la solicitud al supuesto del derecho de petición dada la falta de desarrollo de la previsión de la Disposición Adicional 6ª de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , norma en la que se ampara la solicitud de reconocimiento de la condición de organización empresarial más representativa, lo que a su vez tendría como consecuencia la exclusión de la estimación de aquella petición por silencio. Razona así la Sala de instancia: "Subsumir en el ejercicio del derecho de petición, regulado en la Ley Orgánica 4/2.001, la pretensión de la recurrente, instada ante la Administración laboral, de que le fuera reconocida la condición de organización empresarial más representativa en el ámbito de Cataluña, por el solo dato de la falta de un desarrollo legal o reglamentario de lo dispuesto en la Disposición Adicional Sexta del Estatuto de los Trabajadores , parte de una consideración del derecho de petición que se aparta radicalmente de la naturaleza jurídica de tal derecho constitucional que la Jurisprudencia viene reiteradamente remarcando, "ya que este derecho reconocido en el artículo 29 de la Constitución , según nos recuerdan las sentencias de 10/3/1997 y 8/2/2008 , ha de referirse a decisiones discrecionales o graciabiles, excluido de su ámbito cualquier pretensión con fundamento en la alegación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo especialmente protegido" ( sentencia del TS de 9 de diciembre de 2008 , por todas); y ninguna duda puede haber, dada la redacción de aquella Disposición adicional del Estatuto de los Trabajadores -"A los efectos de ostentar representación institucional en defensa de intereses generales de los empresarios ante las administraciones públicas y otras entidades u organismos de carácter estatal o de comunidad autónoma que la tengan prevista se entenderá que gozan de esta capacidad representativa las asociaciones empresariales que cuenten con el 10 por cien o más de las empresas y trabajadores en el ámbito estatal. Asimismo podrán estar representadas las asociaciones empresariales de Comunidad autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por 100 de los empresarios y trabajadores"-, que el reconocimiento de tal condición por la Administración en modo alguno puede ser subsumida en la naturaleza propia de un acto discrecional o graciable, al estar del todo legalmente objetivada, tanto en el ámbito estatal como autonómico, la condición de organización empresarial mas representativa: el contar "con el 10 por 100 o más de las empresas y trabajadores en el ámbito estatal" o el contar "con un mínimo del 15 por 100 de las empresas y trabajadores" en el ámbito autonómico."

A continuación analiza la concurrencia de los presupuestos y requisitos para que la solicitud pueda ser estimada por silencio administrativo, al haberse resuelto y notificado la resolución desestimatoria transcurridos más de seis meses desde la solicitud por la organización empresarial del reconocimiento de la condición de la mayor representatividad, que acuerda estimar de acuerdo la siguiente fundamentación: "Por todo lo cual la demora en resolver por parte de la Administración, el vencimiento del plazo de seis meses sin haberse notificado resolución expresa legítima al interesado en un procedimiento iniciado a su instancia, ha de llevar a entender, tal como previene el artículo 43.1 y 2 de la Ley 30/1992 de la LRJAP -PAC, estimada por silencio administrativo aquella solicitud de FEPIIME y, en consecuencia, a estimar nula de pleno derecho la posterior resolución expresa de la Administración rechazando la solicitud formulada por dicha entidad y la



desestimación presunta, por silencio, del recurso de alzada contra ésta última resolución expresa interpuesto por la interesada ( art. 43.4.a) de la LRJAP -PAC). Careciendo, de otra parte, de todo sentido la invocación de lo prevenido en el último inciso del referido apartado 2 del artículo 43 de la Ley procedimental administrativa, y ello no solo por razones temporales, sino porque el recurso de alzada se interpuso por FEPIIME contra una resolución administrativa expresa, aquella de 14 de abril de 2008, y no contra una resolución presunta que le era favorable.

Procede, por todo lo considerado, la estimación íntegra del presente recurso, declarar nulos de pleno derecho las resoluciones impugnadas y entender reconocida por el silencio de la Administración la condición de organización empresarial más representativa a la FEDERACIÓ D'EMPRESARIS DE LA PETITA I MITJANA EMPRESA DE CATALUNYA (FEPIIME- CATALUNYA)."

Debate que de nuevo se trae a este recurso de casación a instancia de la Generalidad de Cataluña y de "PIMEC, pequeña mediana empresa de Cataluña" (PIMEC, en lo sucesivo), cuyos recursos acometemos por separado.

**TERCERO** .- El recurso del Abogado de la Generalidad, tras el desistimiento del primer motivo, se sustenta en otros tres motivos de casación, articulados todos ellos al amparo de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico.

El segundo alega la infracción por la sentencia de instancia de la Disposición Adicional 6ª del Estatuto de los Trabajadores (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1.995, de 24 de marzo).

El tercero, la no aplicación por la sentencia del artículo 3 de la Ley Orgánica 4/2.001, de 12 de noviembre , reguladora del Derecho de Petición.

El cuarto, aduce la infracción del artículo 43, en sus apartados 1, 2 y 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .

Motivos que tienen como común denominador que la solicitud del reconocimiento de la condición de organización más representativa, con la finalidad de ostentar la representación institucional de empresarios y empresas ante la Administración, es un supuesto de ejercicio del derecho de petición. Por ello, al sentir del recurso: "..., no estamos ante un procedimiento administrativo sino ante una petición de reconocimiento, y ante cuya negativa quedaría expedita la vía jurisdiccional para si dicha organización es o no representativa. Pero, en ningún caso, puede pretenderse que nos hallemos ante un procedimiento administrativo al que resulte de aplicación el régimen del silencio administrativo positivo previsto en la Ley 30/1992, con las consecuencias que ello comporta. Por ello, entiende esta representación que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en la Disposición Adicional 6ª ET por cuanto, mediante la aplicación indebida del silencio administrativo positivo, se reconoce por la Sala del TSJC una condición de mayor representatividad sin más y sin que se haya acreditado el necesario cumplimiento de los porcentajes de representación que dicha disposición adicional establece" (motivo segundo).

"En el supuesto que nos ocupa, y enlazando con lo argumentado en el anterior motivo segundo del recurso, entiende esta representación que nos hallamos en el supuesto previsto en el apartado 1º del susodicho art. 3 de la Ley orgánica 4/2.001 y no se da el previsto en el apartado 2º del mismo artículo, esto es, que al no existir procedimiento administrativo para determinar la concurrencia de los requisitos que establece la Disposición Adicional Sexta del Estatuto de los Trabajadores estamos ante el ejercicio de un derecho de petición, aspecto que la sentencia que se impugna ha desconocido" (motivo tercero).

"La consideración por parte de la Sala del TSJC de hallarnos ante un procedimiento administrativo y no ante el ejercicio del derecho de petición, lleva a la Sentencia que se impugna a la errónea conclusión de aplicar el régimen jurídico previsto para el silencio administrativo positivo, recogido en el apartado 2º del artículo 43 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre , de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. En cambio, tratándose, como ha quedado sobradamente acreditado en los motivos anteriores, de un supuesto de ejercicio del derecho de petición, resulta aplicable al presente caso lo que establece el párrafo segundo del apartado 1º del artículo 43 de la Ley 30/1992 ("el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición a que se refiere el artículo 29 de la Constitución ,...")" (motivo cuarto).

Por su parte FEPIIME alega en su escrito de oposición al recurso de casación de la Generalidad de Cataluña que el derecho de petición es un derecho que tiene carácter residual, que impide acudir a él cuando existe otro procedimiento más específico para formular la petición, solicitud, queja o sugerencia, y que además no tenga fundamento en un derecho subjetivo o interés legítimo o especialmente protegido. Su objeto, por tanto, se caracteriza por su amplitud y está referido a cualquier asunto de interés general, colectivo o particular, ahora bien, su carácter supletorio respecto a los procedimientos formales específicos de carácter parlamentario, judicial o administrativo obliga a delimitar su ámbito a lo estrictamente discrecional o graciable, a todo aquello



que no deba ser objeto de un procedimiento especialmente regulado y que no tenga un derecho subjetivo o interés legítimo.

Por ello, las instancias y peticiones de personas interesadas se diferencian de las peticiones graciabiles: las primeras generan el deber de resolver por parte de la Administración, como es en este supuesto el derecho de la organización solicitante a participar en los asuntos públicos; mientras que las segundas sólo generan el deber de acusar recibo y la falta de contestación no desencadena el mecanismo del silencio administrativo. Entonces, si no nos hallamos ante el ejercicio del derecho de petición, por lo tanto, tampoco cabe inferir que el transcurso del tiempo sin respuesta expresa conlleva la desestimación de las pretensiones, por silencio administrativo de conformidad con el art. 43.1º segundo párrafo de la ley 30/1992. Más bien todo lo contrario, como señala el art. 43 párrafos 1 y 3, se produce el silencio positivo.

**CUARTO** .- Resolvemos de manera conjunta aquellos tres motivos en que la Generalidad de Cataluña mantiene el recurso de casación, pues a través de ellos se suscita una misma cuestión, cual es si la solicitud para que sea reconocida la capacidad representativa de la organización empresarial solicitante para ostentar representación institucional, lo es en ejercicio de un procedimiento administrativo, o del derecho de petición a que se refiere el artículo 29 de la Constitución.

Para ello es necesario atender los siguientes antecedentes: i) La Disposición Adicional 6ª del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1.995, bajo la rúbrica "Representación institucional de los empresarios", establece: "*A efectos de ostentar representación institucional en defensa de intereses generales de los empresarios ante las Administraciones públicas y otras entidades u organismos de carácter estatal o de Comunidad autónoma que la tengan prevista, se entenderá que gozan de esta capacidad representativa las asociaciones empresariales que cuenten con el 10 por 100 o más de las empresas y trabajadores en el ámbito estatal.*

*Asimismo, podrán también estar representadas las asociaciones empresariales de Comunidad autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por 100 de los empresarios y trabajadores. No estarán comprendidas en este supuesto las asociaciones empresariales que estén integradas en federaciones o confederaciones de ámbito estatal.*

*Las organizaciones empresariales que tengan la condición de más representativas con arreglo a esta disposición adicional gozarán de capacidad para obtener cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos en los términos que se establezcan legalmente".*

ii) Al amparo del párrafo segundo de la citada Disposición, FEPIME solicitó a la Autoridad Laboral de la Generalidad de Cataluña que le fuera formalmente reconocida su condición de organización empresarial más representativa para ostentar la representación institucional en el ámbito de la comunidad autónoma, para lo que acompañaba la certificación de las entidades afiliadas y la relación de los Convenios Colectivos sectoriales acordados por las entidades directa o indirectamente afiliadas, de lo que se desprendía que superaba el límite cuantitativo de 38.734 empresas y 499.650 trabajadores que calculaba como el porcentaje necesario en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña, a la par que manifestaba tener reconocida por notoriedad su representatividad en el ámbito económico y social.

iii) La resolución administrativa originariamente impugnada, esto es la resolución de 14 de abril de 2.008 del Director General de Relaciones Laborales del Departamento de Trabajo de la Generalidad catalana, tras declarar que la falta de desarrollo normativo de la Disposición Adicional 6ª del Estatuto de los Trabajadores se ha suplido mediante determinados criterios para poder determinar la irradiación de las organizaciones empresariales expresa: "Poniendo en relación los argumentos y documentos del escrito de solicitud con los requisitos de representatividad a que se ha hecho referencia, se ha de decir, por lo que se refiere a la acreditación del 15% de empresas y trabajadores en Cataluña, la documentación aportada, aunque da a entender la existencia de un importante número de empresas y asociaciones afiliadas, no permite conocer el número de éstas y el de sus trabajadores para poner en relación el conjunto de Cataluña".

Por dicha razón, y no por ninguna otra, se acuerda denegar la solicitud.

A su vez, contra dicha resolución fue por FEPIME deducido recurso de alzada, en que como primer alegato se expresaba que la resolución denegatoria era contraria al sentido estimatorio del silencio producido, al resolverse el 14 de abril de 2008 y notificarse el día 17 siguiente, con transcurso de más de seis meses a contar desde la presentación el 25 de julio de 2007 de la solicitud. Recurso de alzada que no consta a la fecha resuelto.

Visto todo esto, estamos ya en condiciones de descartar que la solicitud iniciadora del proceso que desembocó en la resolución administrativa de denegación de lo pedido por no acreditar los requisitos para ello, constituya una petición enmarcada en el derecho que con igual nombre se contiene en el artículo 29 de la Constitución; esto por cuanto la pretensión del recurrente no consiste en ninguna sugerencia, información o iniciativa a





la Administración que venga referida, desde la óptica del solicitante, a la simple propuesta de mejora del servicio público, la iniciativa legislativa, la adopción de una decisión discrecional o graciable, o la iniciación de actuaciones institucionales sin cauce propio jurisdiccional o administrativo ni incorporar una exigencia vinculante para el destinatario (en palabras de la STC 161/1988 y 242/1993; en igual sentido Sentencias de este Tribunal de 31 de marzo de 2.011 y 2 de abril de 2.007 ), sino, el reconocimiento formal de la irradiación que habría de permitir a la organización empresarial ostentar representación institucional frente a la Administración pública, sin que el hecho que el Gobierno de la Nación no haya por ahora cumplido el desarrollo de la Disposición Adicional 6ª del Estatuto de los Trabajadores , a que viene compelido por la Disposición Adicional Primera de la Ley orgánica 11/1.985, de 2 de agosto, de Libertad sindical -" 2. El Gobierno dictará las disposiciones que sean precisas para el desarrollo del apartado a) art. 6.3 y del art. 7.1 de esta ley y de lo previsto en la disp. adic. 6ª ET, siendo de aplicación a su capacidad representativa lo previsto en el segundo párrafo del número anterior "-, tenga capacidad de novar el sentido de la solicitud del reconocimiento de determinada situación jurídica individualizada, de acuerdo con el sentir e interpretación del ordenamiento jurídico que se propone en orden la consecuencia reglada, según se acredite o no el cumplimiento de la irradiación en número de trabajadores y empresas, en una petición de algo que compete discrecionalmente a la Administración.

Así resulta igualmente de la Sentencia de 3 de octubre de 2.005 (recurso 4.518/1.999), de la Sección 7ª de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo , que ante la misma proposición que la falta de desarrollo normativo habría de obstar la posibilidad de promoción del proceso administrativo tendente a la acreditación de la irradiación al efecto de la representatividad institucional, expresa que <<La falta de desarrollo normativo de la disposición adicional sexta del TR/ET no significa una imposibilidad absoluta de probar la mayor representatividad que en ese precepto se establece, a efecto de ostentar ante las Administraciones y Entidades la representación institucional de intereses generales de los empresarios. Por lo cual, el reconocimiento administrativo a determinadas organizaciones de esa mayor representatividad no significa necesariamente que no haya existido prueba y se haya otorgado a tales un beneficioso trato desigual>>.

Y así fue entendido por la propia Administración, que acordó de manera explícita denegar la cualidad de la mayor representación de la organización empresarial por la razón de la falta de justificación de la irradiación en número de trabajadores y de empresas necesario en el ámbito de la comunidad autónoma, y sin que pudiera tenerse dicha exigencia cumplida por el criterio de la notoriedad de la representatividad de FEPIME por afectar dicha decisión a las restantes organizaciones empresariales, y todo ello, termina expresando la resolución de la Autoridad laboral, sin perjuicio de que en lo sucesivo pueda la solicitante ostentar la cualidad demandada de acreditar el cumplimiento de las exigencias previstas en la Disposición Adicional 6ª del Estatuto de los Trabajadores , lo que es significativo de la improcedencia de la calificación como facultad graciosa y discrecional que para todo esto propone ahora aquella misma Administración.

El razonamiento que sustenta el recurso de casación de la Generalidad de Cataluña no puede prosperar, y por ello se desestima.

**QUINTO** .- Enjuiciamos a continuación el recurso de casación interpuesto por PIMEC, en el que, en un único motivo, igualmente amparado en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , alega que la sentencia, de 20 de mayo de 2.011, de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en Cataluña , infringe el artículo 43.1 de la Ley 30/1.992 , en relación con la Disposición Adicional 6ª del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , y con los artículos 3 y 8 de la Ley Orgánica 4/2.001 , al considerar que a FEPIME le debe ser atribuida la condición de organización empresarial más representativa por silencio positivo.

Razona al efecto que la sentencia de instancia "...aplica indebidamente el art. 43.1 al considerar aplicable el efecto del silencio positivo a una petición que no va dirigida al reconocimiento de un derecho subjetivo sino al otorgamiento de una función representativa; que ni siquiera tiene establecido un procedimiento para su resolución ni un órgano competente para adoptarla; que afecta a terceros que no han sido parte en la tramitación de dicha petición; y que afecta al interés general, caracterizado por la necesaria representación de los intereses empresariales a través de organizaciones patronales, a cuyo efecto la Administración ha de valorar el cumplimiento de los porcentajes de afiliación y otras circunstancias. Conviene advertir que el art. 43.1, al permitir entender estimada una solicitud por silencio positivo, encuentra su ámbito de aplicación propio en el de los derechos subjetivos, pendientes de autorización o licencia por la Administración, pues en tal caso el silencio positivo es la respuesta adecuada al obstáculo que la tardanza de la Administración en resolver en el plazo establecido supone para el ejercicio del derecho. Así, el legislador, cumpliendo el mandato que el art. 9.2 de la Constitución impone a los poderes públicos, remueve "los obstáculos que impiden o dificultan la plenitud de los derechos de los ciudadanos".



Asimismo, el motivo niega la aplicabilidad del silencio administrativo positivo en cuanto lo que se pide no es propiamente un derecho subjetivo, como un cargo o función, esto es determinada posición caracterizada por un haz de facultades y obligaciones, lo que efectúa con el siguiente ejemplo: "¿Es que sería admisible jurídicamente que, por silencio positivo, se pudiera conceder el cargo de Notario o cualquier función pública a quien lo solicitara y no recibiera contestación en el plazo de 6 meses sin haber cumplido el procedimiento establecido para ello? Obviamente no, como tampoco sería admisible jurídicamente la concesión a un ciudadano, por silencio positivo, de cualquier posibilidad de actuación jurídica cuando ésta incide en los intereses de terceros sin que éstos hayan sido consultados. Terceros, en el presente caso, que son los empresarios catalanes en general si lo que se otorga es la representación de los mismos a efectos institucionales, así como las organizaciones patronales que ya tiene atribuida su función representativa".

La organización PIMEC continua refiriendo en su recurso que la atribución de la condición de mayor representatividad a las organizaciones empresarias a efectos institucionales no es una actuación reglada de la Administración, pues puede no reconocer esta condición a pesar de cumplir los requisitos (el positivo del 15% y el negativo de no vinculación con organización estatal), si tiene en cuenta otras circunstancias indicativas de la capacidad representativa siempre que valore por igual a todas las organizaciones, de lo que deduce la aplicabilidad del régimen del derecho de petición, que incluye el silencio negativo.

Y tras ello, afirma que: "La conclusión sería también la misma de no aplicarse a este tipo de peticiones el régimen del silencio negativo propio del derecho de petición por existir hipotéticamente un procedimiento específico. En este caso, que conviene aludir a efectos dialécticos, en el procedimiento se hubiese tenido que dar audiencia a las organizaciones empresariales interesadas en la mayor representatividad, y no hubiese sido posible atribuir por silencio positivo la condición de más representativa a la organización peticionaria en contra de las opositoras. Además, de haberse atribuido el reconocimiento solicitado sin cumplir los requisitos esenciales sería nula de pleno derecho, por aplicación del art. 62.1.f) de la Ley 30/1992 ". Así "En el presente caso, la petición por una organización empresarial dirigida al Presidente de la Generalitat para que le atribuya la condición de más representativa, como ya tienen reconocida FOMENT DEL TREBALL y PIMEC, no está sujeta a un procedimiento específico, ni está reglada en todos sus elementos, ni implica el ejercicio de un derecho subjetivo sino de una función representativa, ni se puede reconocer sin audiencia de las organizaciones que tienen atribuida esta condición, razones todas ellas incompatibles con la aplicación del silencio positivo".

FEPIME se opone al recurso, para lo que anota que la Disposición Adicional 6ª del Estatuto de los Trabajadores no permite ámbito alguno a la discrecionalidad de la Administración, sino más bien a la comprobación numérica de la representatividad exigida, como dice que efectuó mediante unos porcentajes que superan los que contempla la norma. Por ello, y no encontrándonos en ningún supuesto del derecho de petición, como antes justificó, se produce el silencio positivo por el transcurso del plazo de seis meses sin que la Administración resolviera y notificara la resolución del proceso, con la consecuencia de la imposibilidad de dictar con posterioridad una resolución expresa de signo contrario.

Añade que "el signo negativo del silencio postulado de contrario y de estimarse su pretensión, implicará contravenir el sistema de aplicación general del silencio positivo ya existente en nuestro ordenamiento jurídico y que ha venido a reforzar la ley 17/2.009 y la ley 25/2.009, que trasponen la Directiva de Servicios, al determinar que los supuestos de silencio negativo constituyen excepciones que han de preverse en una norma con rango de ley y justificadas por razones imperiosas de interés general. El art. 43 de la Ley 30/1992, constituye pues una base del régimen jurídico de las Administraciones públicas o regla del procedimiento administrativo común a seguir en todos los procedimientos. De tal forma que la aplicación del silencio en la forma querida por los recurrentes, infringiría precisamente por inaplicación el art. 43 en cuanto configura como norma general el silencio positivo".

**SEXO** .- Reiteramos en la resolución del recurso de PIMEC los razonamientos que dejamos expresados con relación al recurso de la Generalidad de Cataluña, por los que concluimos que la petición de la aquí recurrida no lo fue de una decisión discrecional de la Autoridad Laboral, ni ejercicio del derecho de petición a que se refiere el artículo 29 de la Constitución ; y analizamos a continuación las restantes consideraciones del motivo, que tienen como denominador la imposibilidad de poder adquirir la consideración de la mayor representatividad a los presentes efectos mediante silencio, por ser a ésta improcedente la aplicación del régimen del silencio propio de "los procedimientos administrativos iniciados a solicitud del interesado", en atención al argumento que hilvana todo el discurso del recurso, que se resume diciendo que: "Por eso conviene releer la Disposición Adicional Sexta del Estatuto de los Trabajadores y comprobar la falta total y absoluta de procedimiento específico para satisfacer una petición de reconocimiento de la condición de mayor representatividad. Ni siquiera existe norma reglamentaria, ni instrucción que establezcan ni los trámites fundamentales ni el órgano competente para resolver. Hasta el punto es así que FEPIME dirigió su solicitud al Presidente de la Generalitat, entendiendo que daría curso a su petición, al menos de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica que



lo regula"; argumento del que, a su vez, se deduce como ejemplos la improcedencia de ostentar por silencio derechos-funciones, o de ganar por este medio una posición jurídica en perjuicio del interés concurrencial de las restantes organizaciones, que ni siquiera tuvieron audiencia en el no procedimiento.

La tesis del recurso no puede prosperar, puesto que se produjeron los presupuestos necesarios para que se produjera el silencio positivo; es, en este sentido, claro y preciso el artículo 43 de la Ley 30/1.992 al afirmar, en la redacción que resulta aplicable cuando se produce la solicitud, que " *Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario* " y aquí es un hecho no controvertido por las partes intervinientes en la instancia que el procedimiento administrativo se inició por solicitud de Fepime-Cataluña, presentada en fecha 25 de julio de 2007, que solicitaba fuera dictada resolución de reconocimiento formal de su condición como organización empresarial más representativa en el ámbito de la Comunidad Autónoma y venía acompañada de las certificaciones que consideraba suficiente, y que fue resuelta de manera expresa mediante resolución de 14 de abril de 2008, del director General de Relaciones Laborales, con transcurso por tanto del plazo máximo para resolver y notificar previsto en el artículo precedente de aquella misma Ley, sin que aparezca norma legal o de derecho comunitario que exceptúe el silencio estimatorio en el caso.

Dicho esto, las razones de la sentencia de instancia se atienen a nuestra jurisprudencia, de la que son ejemplo nuestras Sentencias de 15 de marzo de 2.011 y las dos de 17 de julio de 2.012 ( recursos 3.347/2.009 , 5.627/2.010 y 95/2.012 ), que enfatizan que el silencio administrativo positivo, según el artículo 43 de la Ley 30/1992 , tiene todos los efectos propios o característicos que tendría un acto que concluya un expediente, salvo el de dejar formalmente cumplido el deber de resolver; de ahí que el apartado 4.a) de ese precepto disponga 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*. De modo que una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto estimatorio, pues, si bien es cierto, que según el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1.992 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 las garantías de seguridad y permanencia de que, al igual que los actos expresos, gozan los actos producidos por silencio positivo, conduce a que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto nulo o anulable la Administración debe seguir, como si de un acto expreso se tratase, los procedimientos de revisión establecidos por el artículo 102, o instar la declaración de lesividad, y no, como efectuó la Administración y parece pretender la recurrente, haciendo supuesto de la disconformidad a Derecho del acto ganado por silencio con ocasión del dictado de la resolución expresa posterior y de su posterior alzada; garantía que tampoco existe para los actos expresos.

La conclusión a la que llega la Sala de instancia no contradice ni vulnera la Jurisprudencia que sentamos en la Sentencia de 28 de febrero de 2.007 (recurso 302/2004), del Pleno de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo , reiterada en Sentencias, de esta misma Sección, de 29 de mayo de 2007 , 9 de julio de 2007 , 23 de octubre de 2007 , 5 de febrero de 2008 , 4 de abril de 2008 , 17 de diciembre de 2008 y 6 de mayo de 2009 ( recurso 8672/2004 , 10775/2004 , 5462/2002 , 8259/2004 , 300/2007 y 2864/2005 , 1511/2006 , respectivamente), por la que reputamos equivocada la apreciación de considerar que cualquier petición da lugar a "un procedimiento iniciado a solicitud del interesado", con la consecuencia que si no es notificado con anterioridad al transcurso del plazo máximo previsto en la norma para resolver y notificar, adquiere por silencio aquello a que se refiere la petición (fuera de los supuestos legalmente exceptuados, del derecho de petición, aquellos que produjeran la transmisión de facultades relativas al dominio o al servicio público, o en el supuesto de las impugnaciones salvo en caso del doble silencio). Esto por cuanto, si bien el Gobierno no ha dictado aún las disposiciones precisas para el desarrollo de la Disposición Adicional 6ª del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores , antes reseñado, ni, por tanto, predeterminado el trámite para acreditar la representación institucional de las organizaciones empresariales a nivel de Comunidad Autónoma, sí que resulta del número segundo de la Disposición Adicional 1ª de la Ley Orgánica de Libertad Sindical , por su remisión al número anterior, que el reconocimiento de la capacidad representativa de estas organizaciones se produce bien por el ejercicio de su participación institucional, bien mediante solicitud que aporte certificación acreditativa de su representación, haciendo de esta manera reconocible que la iniciación del procedimiento no se produce de oficio, sino a instancia de la propia organización interesada en la forma prevista, haciendo por tanto aplicable el régimen del silencio estimatorio a que nos hemos referido.

Esto es, la solicitud de FEPIME no lo fue de una petición graciable de la Administración, sino de un procedimiento administrativo cuya falta de resolución en tiempo generó el reconocimiento por silencio de su pretensión, de reconocimiento de entidad más representativa al efecto de ostentar la representación institucional ante la Administración de la Generalidad de Cataluña, que no pudo ser desconocida por la posterior resolución expresa ni la desestimación de la alzada.



Así fue entendido correctamente por la sentencia de instancia, que hace que el recurso de PIMEC Pequeña y Mediana empresa de Cataluña deba ser igualmente desestimado.

**SEPTIMO** .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , procede imponer las costas de este recurso de casación a las partes recurrentes, si bien, en uso de la facultad que confiere el número 3 de ese mismo precepto se declara como cantidad máxima a reclamar en concepto de minuta del Letrado de la parte recurrida la de tres mil euros, dada la naturaleza del asunto y el criterio reiterado de esta Sala para supuestos similares, que por mitad abonarán cada una de las partes recurrentes a razón de mil quinientos euros cada una ellas, Comunidad Autónoma de Cataluña y PIMEC Pequeña y Mediana empresa de Cataluña.

**EN NOMBRE DE SU MAJESTAD**

**EL REY**

**Y POR LA POTESTAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN**

#### **FALLAMOS**

**No ha lugar** a los recursos de casación interpuestos bajo el número **4.332/2.011** por el Abogado de la Generalidad de Cataluña en la representación que legalmente ostenta y por PIMEC, Pequeña y Mediana Empresa de Cataluña, contra la sentencia de 20 de mayo de 2.011 de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma de Cataluña, recaída en el recurso contencioso-administrativo nº 512/2.008 , que queda firme. Con expresa condena en costas a las partes recurrentes, señalándose como cantidad máxima a reclamar por el letrado de las parte recurrida la fijada en el último de los fundamentos de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de la misma, Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.