T R I B U N A L S U P R E M O
Sala de lo Social

SENTENCIA:

Presidente Excmo. Sr. D.: **Jesús Gullón Rodríguez**

Fecha Sentencia: 16/03/2015

Recurso Num.: UNIFICACIÓN DOCTRINA 802/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Votación: 12/03/2015

Procedencia: T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.2

Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

Reproducido por: Mlf

Nota:

RECLAMACIÓN DE CANTIDAD AL FOGASA. RESOLUCIÓN DENEGATORIA DICTADA MÁS ALLÁ DEL PLAZO DE 3 MESES. DETERMINACIÓN DE SI DEBE CONSIDERARSE ESTIMADA POR SILENCIO POSITIVO AL NO HABERSE RESUELTO EN EL PLAZO PREVISTO LEGALMENTE, E INEFICAZ LA RESOLUCIÓN EXPRESA, TARDÍA Y DENEGATORIA.

Recurso Num.: **/802/2014**

Ponente Excmo. Sr. D.: **Jesús Souto Prieto**

Votación: **12/03/2015**

Secretaría de Sala: **Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz**

SENTENCIA NUM.:
TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL

Excmos. Sres.:

Dª. María Milagros Calvo Ibarlucea
D. Luis Fernando de Castro Fernández
D. José Luis Gilolmo López
Dª. María Lourdes Arastey Sahún
D. Jesús Souto Prieto

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Marzo de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Jose Miguel Andrés Collar en nombre y representación de D. xxx frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 9 de enero de 2014 dictada en el recurso de suplicación número 964/13 formulado por D.xxx contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 36 de Madrid de fecha 13 de noviembre de 2012 dictada en virtud de demanda formulada por D. xxx frente al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) sobre Impugnación de Acuerdo Administrativo en Materia Laboral.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), representado por el Abogado del Estado.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **JESÚS SOUTO PRIETO**,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de noviembre de 2012, el Juzgado de lo Social número 36 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por D. xxx frente a FOGASA debo absolver y absuelvo a la demandada de todas las pretensiones en su contra".

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO: El demandante D. xxx presentó con fecha 8-03-2011 solicitud del fondo de garantía salarial, para que le abonara el 40% de la indemnización derivada de la extinción de su contrato, al amparo de lo establecido en el art. 33.8 ET (folio 10 de autos). Con fecha 1-7-2011, se emite resolución del Secretario General de la demandada, notificada al demandante el 06-09- 2011, por la que se deniega la prestación (folios 13 a 16 de autos). TERCERO: El actor considera que la resolución denegatoria impugnada es contraria a derecho por haberse dictado en contra del acto presunto estimatorio de la pretensión al haber transcurrido mas de tres meses desde la solicitud de la prestación y conforme establece el art. 28.7 del RD 505/85 de 6 de marzo. CUARTO: El actor presentó con carácter previo, demanda de recurso contencioso administrativo, que fue turnada al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Madrid, dando lugar al procedimiento abreviado núm. 831/2011, en donde se dictó sentencia con fecha 7 de mayo del presente año por el que se estimó la falta de Jurisdicción alegada por la demandada y declarando la competencia del Orden Jurisdiccional Social".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. xxx dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sentencia con fecha en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D. xxx, contra la sentencia de fecha 13 de Noviembre de 2012 dictada por el Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid en sus autos número 872/2012, seguidos a instancia de D. xxx frente a FONDO DE GARANTIA SALARIAL, en reclamación por Resolución de Contrato, y en su consecuencia, confirmamos dicha sentencia en todos sus términos".

CUARTO.- El letrado D. Jose Miguel Andrés Collar en nombre y representación de D. xxx, mediante escrito presentado el 27/02/2014 formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 11 de noviembre de 2013 (recurso nº 1151/2013). SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 43.1.2 y 3 a)

de la LRJPAC, ley 30/92 y por inaplicación del art. 28.7 del RD 505/1985 de 6 de marzo sobre Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de estimar la procedencia del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 12 de marzo de 2015, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 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 del 40% de la indemnización correspondiente a un trabajador cuyo contrato se ha extinguido, por aplicación del art. 33.8 del Estatuto de los Trabajadores, 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.

Consta en la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 9 de enero de 2014 (Rec. 964/2013), que el actor presentó el 08-03-2011 solicitud al FOGASA para que le abonara el 40% de la indemnización por extinción de su contrato de trabajo, emitiéndose resolución de 01-07-2011, notificada al demandante el 06-09-2011, por la que se le deniega la prestación. Previamente se había dictado sentencia del orden contencioso administrativo que estimó la excepción de falta de jurisdicción y declaró la competencia del orden social.

Considera el actor que la resolución denegatoria es contraria a derecho por haberse dictado la misma una vez transcurrido el plazo de tres meses desde la solicitud de la prestación conforme establece el art. 28.7 RD 505/1985, de 6 de marzo. En suplicación se confirma la sentencia de instancia, que desestimó la demanda.

En dicha sentencia se razona que debe destacarse, además del art. 28.7 del Real Decreto 585/1985 en relación con el art. 43 apartados 1 y 2, de la Ley 30/92, que el actor presentó la demanda rectora varios meses después de serle notificada la resolución administrativa que ahora se impugna, hechos que hacen aplicable la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1984, que declara que no queda privada de eficacia la resolución tardíamente

pronunciada, pues si recayese resolución expresa el plazo para formular el recurso que proceda se contaría desde la notificación de la misma.

Recurre el actor en casación para la unificación de doctrina e Invoca como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 11 de noviembre de 2013 (Rec. 1151/2013), en la que consta que la actora presentó el 04-03-2011 solicitud de abono del 40% de la indemnización derivada de la extinción de su relación laboral al FOGASA, dictándose resolución el 01-07-2011 denegatoria, por haber afectado la extinción en un periodo de 90 días al menos a 10 trabajadores sin seguir el procedimiento de extinciones colectivas.

Presentada demanda por la actora, en instancia se declaró su derecho a percibir la prestación solicitada, dejando sin efecto la resolución expresa de 01-07-2011. La Sala de suplicación confirma la sentencia de instancia, por entender que, al haberse dictado la resolución en plazo superior a tres meses, la solicitud debe entenderse estimada por silencio positivo, sin que la excepción a dicho carácter se encuentre en el art. 33.8 y 51 y 52 c) ET, ya que dichos preceptos no se ocupan del valor del silencio administrativo.

Se aprecia la existencia de contradicción entre las resoluciones comparadas porque:

Existe identidad en cuanto a los hechos, por cuanto en ambos supuestos se solicita al FOGASA que abone el 40% de la indemnización derivada de la extinción de la relación laboral, dictándose resolución transcurrido en exceso el plazo de 3 meses. En la sentencia de contraste, y no así en la recurrida, consta la causa de denegación, pero dicha circunstancia en nada desvirtuaría la existencia de contradicción, teniendo en cuenta que el mismo no es trascendente para la resolución del fondo del asunto.

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 art. 28.7 RD 505/1985 de 6 de marzo, en relación con el art. 43.1 y 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 entendese estimada por silencio administrativo positivo la solicitud, cuando el FOGASA dicta resolución transcurrido el plazo de tres meses.

Los fallos son contradictorios, ya que en el supuesto de la sentencia recurrida la Sala entiende que no puede estimarse la pretensión por silencio administrativo positivo puesto que ha existido resolución expresa, mientras que la sentencia de contraste entiende que la resolución debe dejarse sin efecto por haber transcurrido un plazo

superior a tres meses, siendo indiferente que la recurrida valore también el retraso del actor en presentar la demanda rectora de estos autos.

SEGUNDO.- El 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.

El citado art. 28.7 dispone que el plazo máximo para que el FOGASA dicte resolución "será de tres meses, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud". Dicha disposición no establece ninguna excepción, por lo que se aplica a la totalidad de los expedientes cuya tramitación corresponde al Fondo.

La referida normativa 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 (LRJS de AP y PAC) que en su artículo 2.2 comprende al FOGASA en su ámbito de aplicación. El artículo 43.1 de esta Ley (redacción dada por Ley 25/09, sobre Libre Acceso a Actividades y Servicios) 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", 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 establece, 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 condiciona 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".**

Podemos adelantar, por tanto, que entendemos como doctrina correcta la de la sentencia de contraste, que se apoya en la sentencia de la Sala 3ª de este Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2012, doctrina coincidente con la sentencia de la misma Sala de 15 de marzo de 2011, que interpretan y aplican la legislación vigente, al contrario que la sentencia en que se apoyó la recurrida, anterior a las leyes administrativas y reglamentos vigentes.

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.

En el caso examinado, sobre rechazo del FOGASA al abono del 40% de la indemnización derivada de la extinción del contrato, podemos traer a colación nuestra sentencia de 26-12-2013, expresiva de que la responsabilidad del FOGASA por el 40% de la indemnización legal de despido ex art. 33.8 del Estatuto de los Trabajadores es una responsabilidad directa, que constituye un beneficio legal a favor de las empresas que cuentan con una plantilla inferior a 25 trabajadores independientemente de la situación económica empresarial.

Por otra parte como señala la sentencia de la Sala Tercera de 17-7-2012, citada en la de la misma Sala Tercera de 25-9-12 (R. 4332/11) -a su vez traída a colación por la parte recurrente en nuestro recurso y por el Ministerio Fiscal-: "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."

TERCERO.- En conclusión, de acuerdo con el razonado informe del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso interpuesto, debiendo reconocerse el derecho del recurrente a la prestación solicitada, al operar el silencio administrativo positivo el 8 de junio de 2011, careciendo de eficacia enervatoria la resolución expresa dictada el 1 de julio de 2011, por ser denegatoria de la petición.

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

F A L L A M O S

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Jose Miguel Andrés Collar en nombre y representación de D. xxx frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 9 de enero de 2014 dictada en el recurso de suplicación número 964/13. Casamos y anulamos dicha sentencia y, resolviendo el debate de suplicación, estimamos el recurso de esta clase interpuesto por el actor contra la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid de fecha 13 de noviembre de 2012, que revocamos, estimando la demanda rectora de estos autos. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesús Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.