

# BOLETÍN DIGITAL SOCIAL

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos



Número 31  
**Junio 2019**

## FOGASA: EL OPTANTE QUE DEJÓ DE SER LO

Ramón Gimeno Lahoz  
Magistrado  
Juzgado de lo Social nº 5 de Santander

## FOGASA: LA FUERZA DE COSA JUZGADA DE LA SENTENCIA QUE RECONOCIÓ PRESTACIONES EN VIRTUD DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

Carlos Escribano Vindel  
Magistrado  
Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona

The logo for NUEVAMUTUA SANITARIA features a dark blue square with two white horizontal bars. To the right, the text "Tu seguro de Ley" is written in a white, cursive font.

NUEVAMUTUA  
SANITARIA

Tu seguro  
de Ley

[www.nuevamuwasanitaria.es/mugeju](http://www.nuevamuwasanitaria.es/mugeju)

The Santander logo consists of a red flame icon followed by the word "Santander" in a bold, red, sans-serif font.

**Santander**



[www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)

Dirección:

Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:

Ramón Gimeno Lahoz



ISSN: 2605-275X

# RESUMEN VOCES

FOGASA:

EL OPTANTE QUE DEJÓ DE SERLO

Ramón Gimeno Lahoz

Magistrado

Juzgado de lo Social nº 5 de Santander

---

**RESUMEN:** *Últimamente estamos viendo caminos de ida y vuelta jurisprudenciales que generan cierto desasosiego. En el presente caso el autor analiza la opción del art. 56-1 ET en los supuestos en los que no comparece a juicio la empresa cerrada, pero sí lo hace el FOGASA. Dicha opción, que tiene su previsión procesal en el art. 110 LRJS, fue objeto de una modificación legisla-*

*tiva restrictiva con el Real Decreto Ley 3/2012 -al suprimir los salarios de tramitación en caso de opción por la indemnización-, y a ella le sucedió una interpretación judicial expansiva con la sentencia del TS (IV) de fecha 21-7-16 -otorgando salarios de tramitación en caso de opción del trabajador por imposibilidad de readmisión-. La misma opción ha tenido este año una nueva*

*interpretación judicial restrictiva con la sentencia del TS (IV) en Pleno de fecha 5-3-19 -otorgando la opción al FOGASA cuando comparece-, pero no ha pasado un mes, y ya se han dictado dos sentencias del TS (IV) de fecha 4-4-19 de interpretación expansiva, al dejar de facto sin efecto dicho pronunciamiento al invalidar la opción del FOGASA si se opone el trabajador. De consolidarse esta unifica-*

*ción de doctrina, y más allá de las razones, estaremos ante un nuevo camino de ida y vuelta.*

**PALABRAS CLAVE:** *Fondo de Garantía Salarial; despido improcedente; opción; extinción; trabajador; empresa; indemnización; salarios de tramitación; ejecución.*

## 1. PUNTO DE PARTIDA (en puridad)

El Real Decreto Legislativo 2/2015 mantuvo en su art. 56-3 ET, la clásica **opción empresarial tácita** por la readmisión del despido declarado improcedente, para el caso de que el empresario no optase entre la indemnización o la readmisión en el plazo de 5 días.

Esto suponía mantener, en los numerosos casos de empresas cerradas o en vías de cierre -caracterizadas no sólo por sus deudas sino por su desentendimiento procesal-, un incremento de las deudas de la empresa (incremento al generarse por mayor indemnización hasta la extinción formal de la relación laboral, e incremento al generarse los salarios de tramitación hasta dicho final formal), sin que existiera una razón lógica para ello, puesto que la referida readmisión tácita del art. 56-3 ET se evidenciaba de todo punto imposible (empresa cerrada, sin trabajadores, sin

actividad, etc.), y con una eventual repercusión sobre el FOGASA -que es el objeto de este artículo-.

En este sentido, la reforma de la LRJS 36/2011 mediante el Real Decreto Ley 3/2012 que suprimió los salarios de tramitación en la opción expresa empresarial por la indemnización, no afectaba a lo expuesto, pues si no se producía la opción expresa empresarial por la indemnización, entraba en juego la opción tácita empresarial por la readmisión del art. 56-3 ET -con mayor indemnización y salarios de tramitación-.

Esta situación procesal de las empresas cerradas o en vías de cierre, sólo podía acotarse a voluntad del trabajador con la previsión del art. 110-1-b LRJS, esto es, **anticipando el trabajador la petición ejecutiva** de extinción indemnizada contenida en el art. 281 LRJS por no readmisión, de tal forma que se tendría por hecha la opción por la indemnización en la sentencia.

En puridad -y esta es la primera reflexión que se hace- este anticipo de la petición ejecutiva que hace el trabajador, es una opción, pero **no es la opción que tiene el empresario:**

- la opción que tiene el empresario al amparo del art. 110-1-a LRJS, es entre la readmisión con salarios de tramitación, o la “indemnización hasta la fecha de despido” “sin salarios de tramitación”;

- y la opción que tiene el trabajador al amparo del art. 110-1-b LRJS, es entre esperar a la ejecución de sentencia para extinguir la relación laboral por no readmisión conforme al art. 281 LRJS (con una “mayor indemnización hasta el auto extintivo” y “salarios de tramitación hasta

dicha fecha”), o anticipar esa situación a la fecha de la sentencia con una “indemnización menor -hasta la fecha de sentencia- “ y “salarios de tramitación también menores hasta dicha fecha<sup>1</sup>”.

Dicho con otras palabras, la opción extintiva que ejerce el empresario con el art. 110-1-a y la opción extintiva que ejerce el trabajador con el art. 110-1-b son diferentes, tanto en la indemnización como en los salarios de tramitación.

Y si el derecho del empresario con la opción es distinto al derecho del trabajador con la opción, en puridad ya se puede decir que **el trabajador ni ejerce ni se subroga en la opción del empresario.**

---

1. En puridad era sin salarios de tramitación, porque la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2012 sí tuvo trascendencia en este punto, suprimiéndolos; de tal forma que la diferencia entre la opción que tenía el empresario con el art. 110-1-a LRJS y la que ejercía el trabajador con el art. 110-1-b LRJS era menor: sólo se centraba en las indemnizaciones que eran diferentes.

Pero esta diferencia entre la opción del empresario del art. 110-1-a y la opción del trabajador del art. 110-1-b, aumentó sensiblemente al recuperarse los salarios de tramitación con la sentencia del TS de fecha 21-7-16 (rec. 879/2015 Roj 4011/2016), bajo el razonable argumento de que carecía de sentido mantener la litigiosidad para no privar al trabajador de los salarios de tramitación ya devengados.

## 2. LA SENTENCIA TS 5-3-19 (REC. 620/2018 ROJ. 883)

Dejando a un lado ahora la “discutible” subrogación del trabajador en el derecho de opción empresarial, procede entrar a analizar **la subrogación del FOGASA en el derecho de opción empresarial.**

Como se ha dicho, la problemática de que las deudas de empresas cerradas o en vías de cierre sigan incrementándose sin mayor justificación, pero con eventual afectación para el FOGASA como responsable subsidiario, es algo de apreciación cotidiana en los juzgados, y cuya corrección se ha encaminado con la sentencia de Pleno del TS dictada en fecha 5-3-19.

Mediante esta sentencia se da luz verde a que el FOGASA, compareciendo en estos juicios (donde la empresa no ha comparecido, está en concurso/insolvente/desaparecida, además de cerrada, y la opción

derivada del despido improcedente la tiene el empresario), pueda ejercer la opción del empresario a favor de la indemnización -por ser imposible la readmisión del trabajador-, subrogándose en la posición del empresario al amparo del art. 23-3 LRJS, limitándose así la indemnización a la fecha del despido y sin salarios de tramitación -al igual que hacen la inmensa mayoría de las empresas cuando comparecen a juicio-.

**Las razones** que utiliza el TS para declarar al FOGASA optante son:

1) Que el FOGASA se constituye como un fondo público, con diversas medidas orientadas a garantizar el correcto destino de los fondos porque son limitados, siendo una de ellas la subrogación en los derechos y acciones de los trabajadores, y que esto se hace inútil en estos casos -incluso con la citación a juicio (art.33-3 ET) o la subrogación (art. 33-4 ET)-<sup>2</sup>.

---

2. FD 3º pár. 2º.

2) Que el FOGASA, como organismo autónomo adscrito al Ministerio, se debe al principio de estabilidad presupuestaria, lo que implica equilibrio entre recursos y gastos<sup>3</sup>.

3) Que el art. 23-3 LRJS establece que el FOGASA *dispondrá de plenas facultades de actuación en el proceso como parte* porque tiene la condición de responsable subsidiario, y esto hay que entenderlo en el sentido de que supone que ya anticipadamente pueda asumir en el procedimiento el lugar de la empresa incomparecida, dado que en caso contrario se imposibilitaría su propia defensa, con lo que puede ejercer la opción empresarial<sup>4</sup>.

4) Que la finalidad del precepto no es discutible<sup>5</sup>.

5) Que -y esto es muy importante en rela-

ción a lo expuesto más arriba en el Punto de partida- una cosa es lo previsto en el art. 110-1-b cuando el trabajador pide la indemnización por extinción anticipada por imposibilidad de readmisión, y otra cosa es la facultad que art. 110-1-a otorga al empresario -y al FOGASA subrogación-<sup>6</sup>.

6) Que además del art. 23-3 LRJS mencionado, el art. 23-2 ET, dispone que el FOGASA -una vez citado a juicio- podrá *instar lo que convenga a Derecho*, lo que refuerza extraordinariamente su posición en el aspecto procesal, por lo que considera el TS que el FOGASA puede ejercitar el derecho de opción con efectos plenos<sup>7</sup>.

7) Y que con ello -con esa subrogación en la posición del empresario- el FOGASA no ha hecho otra cosa que cumplir con su previsión material y procesal, incluso su

---

3 FD 3º pár. 3º.

4 FD 3º pár. 4º.

5 FD 3º pár. 6º.

6 FD 3º pár. 7º.

7 FD 3º pár. 8º.

deber, velando por los intereses públicos cuya defensa tiene asignada<sup>8</sup>.

**3.-LAS SENTENCIAS TS 4-4-19  
(REC. 1865/2018 ROJ. 1407) y (REC.  
4064/2017)**

La cuestión parecía zanjada con la sentencia analizada, dictada por el TS además en Pleno, a favor del FOGASA optante, como subrogado en la posición de la empresa cerrada e incomparecida.

Sin embargo en menos de un mes han recaído dos sentencias del TS de la misma fecha 4-4-19, que dan un **vuelco enorme a lo anterior**, porque vienen a decir que en el caso de que el trabajador se oponga a la opción del FOGASA, primará la voluntad del trabajador.

Dicho en términos jurídicos, aunque el FOGASA -velando por los intereses públi-

cos- se subroga en la opción del empresario prevista en el art. 110-1-a LRJS -que supone indemnización a fecha de despido y no salarios de tramitación-, si el trabajador se opone a esa pretensión, tendrá derecho a una indemnización incrementada hasta la fecha de la sentencia y al cobro de salarios de tramitación hasta la misma fecha, esgrimiendo simplemente el art. 110-1-b LRJS.

**Las razones** que utilizan estas dos sentencias -no de Pleno y con composición similar- , son las siguientes:

1) Que es consecuencia, y esto es algo sorprendente, de la sentencia como una consecuencia de la dictada en Pleno en fecha 5-3-19: *“Además, la cuestión controvertida en la sentencia recurrida ha sido unificada recientemente por la Sala en la STS (Pleno) de 5 de marzo de 2019...”*<sup>9</sup>.

2) Y la segunda, que en caso de que concu-

<sup>8</sup> FD 3º párr. 9º.

<sup>9</sup> STS 4-4-19 (rec. 1865/2018) FD 3º-2 párr. 1.

rra la opción del FOGASA por subrogación de la empresa (art. 110-1-a LRJS), y la opción del trabajador (art. 110-1-b LRJS), la segunda es preferente y prioritaria por ser personal, frente a la del FOGASA que es sustitutiva -de la empresa-<sup>10</sup>.

#### 4.- CONCLUSIÓN

Para los que creemos que las dos sentencias dictadas por el TS (IV) en fecha 4-4-19, no son una consecuencia de la dictada por el Pleno en fecha 5-3-19, sino todo lo contrario, el único argumento que se aporta en estas sentencias para dejar sin efecto la opción del FOGASA por subrogación empresarial al amparo del art. 110-1-a LRJS -que la opción del trabajador sería preferente y prioritaria por ser personal-, es un argumento escaso.

#### **A) La subrogación por propia definición es la sustitución de una persona**

**por otra en el ejercicio de un derecho o una obligación, pero es una sustitución plena;** si no, será otra cosa: una subrogación parcial, una responsabilidad subsidiaria,...etc.; y no hace falta decir, que la interpretación restrictiva de derechos debe tener algún tipo de apoyo legal. Si se acepta que el FOGASA ejerce la opción del empresario contenida en el art. 110-1-a LRJS, entre readmisión o indemnización, luego no cabe decir que se subroga pero menos, o en peores condiciones que el empresario, por el hecho de no estar el empresario presente. La subrogación es plena -salvo que no esté previsto así-, y como tal debe ser tratada esta institución jurídica.

**B) Por otro lado, la opción extintiva que ejerce el trabajador no es la misma que la opción extintiva que tiene la empresa -y en la que se subroga el FOGASA- que es la auténtica.** Tal y como se ha expuesto en el Punto de partida, la opción que otorga el art. 110-1-b LRJS al trabaja-

---

<sup>10</sup> STS 4-4-19 (rec. 1865/2018) FD 3º-2 pár. 2.

dor es la de anticipar la extinción de la relación laboral con una reducción de los derechos que le corresponderían de hacerlo en ejecución de sentencia: una indemnización hasta la sentencia y salarios de tramitación -tras la STS 21-7-16- también hasta ese momento, en lugar de hasta la fecha del auto extintivo en ejecución de sentencia. Pero la opción extintiva que tiene el empresario es una indemnización hasta el despido. Por lo tanto, no son la misma opción, y la opción auténtica es la que hace la empresa, en la que se subroga el FOGASA, y no la que realiza el trabajador al anticipar un futuro pronunciamiento con detracción de derechos.

C) Aunque se hiciera caso omiso de que el instituto de la subrogación es pleno -con lo que no cabe decir que la opción de quien se subroga es de peor condición que antes de la subrogación-, aunque se hiciera caso omiso de que no son las dos opciones iguales y por lo tanto no pueden ponerse al mismo nivel, siendo la de la empresa la auténtica -sin minoraciones por anti-

cipación cronológica- que es en la que se subroga el FOGASA, las dos sentencias de fecha 4-4-19 **no desbaratan ninguno de los argumentos que utilizó el Pleno para la sentencia de fecha 5-3-09**, y que fueron la base de su aceptación inmediata:

- que el FOGASA se constituye como un fondo público, con recursos limitados, y que si no se le da la posibilidad de subrogarse en la empresa cerrada, la defensa de los intereses públicos se hace inútil;

- que el art. 23-3 LRJS establece que el FOGASA *dispondrá de plenas facultades de actuación en el proceso como parte*, con lo que no puede limitarse por esta vía;

- que una cosa es lo previsto en el art. 110-1-b cuando el trabajador pide la indemnización por extinción anticipada por imposibilidad de readmisión, y otra cosa es la facultad que art. 110-1-a otorga al empresario -y al FOGASA subrogación- ;

- que además del art. 23-3 LRJS mencionado, el art. 23-2 ET, dispone que el

FOGASA -una vez citado a juicio- podrá *instar lo que convenga a Derecho*, lo que refuerza extraordinariamente su posición en el aspecto procesal, evitando incrementos de deuda por encima de los previstos.

**D)** A ello hay que añadir, que estas sentencias de fecha 4-4-19 **no mencionan precepto jurídico alguno donde se exprese que la acción en derecho que ejercita una persona es superior si se hace personalmente, que si se hace por subrogación** -y es este su único fundamento-.

Para finalizar, y mostrada mi posición jurídica a favor de la sentencia de Pleno de la Sala IV de fecha 5-3-19, quizás valga la pena hacer una última y sencilla reflexión, y es que todos estos caminos de ida y vuelta mencionados, nunca se hubieran iniciado si el Legislador -en el año 2012 o cuando fuera- hubiera cambiado la opción tácita del art. 56-3 ET en favor de la extinción, pues más allá de razones históricas esa es la realidad cotidiana de los despidos en los Juzgados de lo Social.

## FOGASA: LA FUERZA DE COSA JUZGADA DE LA SENTENCIA QUE RECONOCIÓ PRESTACIONES EN VIRTUD DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

CARLOS ESCRIBANO VINDEL

Magistrado

Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona

---

**RESUMEN:** *La Sentencia nº 145/2019, de 27 de febrero de 2019, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina (rec. 3597/2017 Roj. 984), rechaza la posibilidad de que el FOGASA pueda instar la revisión del previo reconocimiento de prestaciones de garantía salarial, estimando con ello el efecto positivo vinculante, de la sentencia que, considerando que había operado el silencio administrativo positivo,*

*condenó al FOGASA a su pago. Decisión controvertida, pues cuenta con un voto particular de 6 magistrados, y que parece contradecir lo que decenas de sentencias previas de la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo habían insinuado sobre la posibilidad de instar la revisión de aquel reconocimiento.*

**PALABRAS CLAVE:** *FOGASA; prestaciones; silencio administrativo; cosa juzgada.*

Tres meses. Sólo tres meses. Ese es el plazo que tiene el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) para resolver los expedientes administrativos para el reconocimiento de prestaciones de garantía salarial (art. 28.7 del Real Decreto 505/1985, sobre Organización y Funcionamiento del FOGASA).

Y lo que es más importante, el transcurso del mencionado plazo sin resolver, el silencio administrativo tiene en el presente caso efectos positivos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 43 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LRJAPyPAC). Y, actualmente, art. 24 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

En consecuencia, una vez expirado el plazo de tres meses sin resolución expresa debemos considerar la existencia de una resolución presunta estimatoria, vinculante para el propio FOGASA, que única-

mente podrá ya dictar resolución reconociendo la prestación (art. 43.3.a de la LRJAPyPAC y 24.3.a de la LPAC).

Y así constaba en los propios impresos que el FOGASA facilitaba para cursar la petición de las prestaciones.

Sabido es que la reciente crisis económica, que algunos dicen superada, provocó un incremento de los impagos salariales y los despidos, con los correspondientes créditos indemnizatorios, que llegó a desbordar no sólo a los Juzgados de lo Social, sino también al FOGASA, especialmente a partir de los años 2009 y 2010.

Desbordamiento que provocó que, no esporádicamente, sino sistemáticamente, el FOGASA resolviera los expedientes de reclamación de prestaciones de garantía salarial superado con mucho el plazo de tres meses. A veces, incluso un año más tarde.

Y lo anterior provocó, como no podía ser de otra manera, la igualmente sistemática alegación por los beneficiarios, del efecto positivo del silencio administrativo. Y la también sistemática estimación judicial en los correspondientes procesos judiciales.

Pues, pese a algunas vacilaciones iniciales de las sentencias de instancia y/o de suplicación en los casos más groseros, en los que, por ejemplo, ni siquiera constaba acreditada la insolvencia empresarial, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS), en decenas de sentencias, había impuesto como doctrina el reconocimiento incondicional de las prestaciones una vez constatado que operaba el silencio administrativo por el transcurso del plazo.

Apuntemos, no obstante, que siempre lo hizo con un argumento que podía sugerir la posibilidad de revisión futura por parte del FOGASA, siguiendo el procedimiento de revisión de actos declarativos de dere-

chos del art. 146 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

*“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”.*

Se trata de un párrafo literal de la **STS nº 479/2018, de 9 de mayo de 2018** (rec. 2792/2017 Roj. 2149), de constante repetición en otras muchas sentencias, y que, a su vez, es reproducción de un argumento tradicional al respecto de la Sala de lo

Contencioso Administrativo del TS sobre el silencio administrativo.

Sin duda confiando en semejante argumento, aunque no pronto, el FOGASA acabó dejando de recurrir los reconocimientos judiciales de prestaciones de garantía salarial en virtud del silencio administrativo, y presentando demandas dirigidas a la revisión de actos declarativos de derechos.

Como era de esperar, los interesados, frente a estas demandas de revisión del FOGASA, invocaron la eventual fuerza de cosa juzgada de las previas sentencias que habían reconocido las prestaciones en virtud del silencio administrativo. Y aquí es donde se dividieron las Salas de lo Social de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia (TSJ).

Algunas reconocieron el efecto vinculante de la cosa juzgada de las previas sentencias y otras no. En mi ámbito más próximo, la sentencia del TSJ de Catalunya nº

3232/2018, de 30 de mayo de 2018 (rec. 900/2018 Roj 4413), dictada en Pleno (con el voto particular de 3 magistrados), negó la fuerza de cosa juzgada; por cierto, apuntando que el efecto que, en su caso, podría concurrir, era el negativo del art. 222.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) (que impedía un nuevo pronunciamiento sobre una cuestión judicialmente ya resuelta), no el positivo del art. 222.4 de la LEC (que impondría la vinculación de lo ya resuelto como presupuesto de una nueva decisión sobre una cuestión diferente).

La materia no podía tardar en llegar al TS. Y en este contexto se ha dictado la reciente **STS nº 145/2019, de fecha 27 de febrero de 2019** (rec. 3597/2017 Roj. 984), objeto de este comentario (Ponente: Exma. Sra. D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga; y que, como ya se ha indicado, cuenta con el voto particular de 6 magistrados, Excmos. Sres. D. Ángel Blasco Pellicer, D<sup>a</sup>. María Milagros Calvo Ibarlucea, D. José Manuel López García de la Serra-

na, D. Miguel Ángel Luelmo Millán, D<sup>a</sup>. María Luz García Paredes y D<sup>a</sup>. Concepción Rosario Ureste García).

En esencia, tanto la sentencia de la mayoría como el voto particular rechazan que concurra el efecto negativo de la cosa juzgada material, pues el objeto de ambos procesos es distinto (en el primero el reconocimiento de las prestaciones de garantía salarial en virtud del silencio administrativo positivo; y en el segundo la revisión de aquel reconocimiento). Y en lo que discrepan es en el efecto positivo de la cosa juzgada material, que la sentencia de la mayoría reconoce, y el voto particular niega.

Argumenta, la sentencia de la mayoría, que el reconocimiento judicial de las prestaciones, aunque sea en virtud de la eficacia del silencio administrativo, impide la revisión posterior del derecho a aquéllas, vinculando en el proceso instado a tal fin por el FOGASA. Vinculación que no podría predicarse, se apunta, si el FOGASA

hubiera reconocido la eficacia del silencio administrativo en la propia vía administrativa, dictando resolución en tal sentido, sin obligar al beneficiario a impetrar el auxilio judicial.

La existencia de un voto discrepante suscrito por casi la mitad de magistrados de la Sala de lo Social del TS arroja un componente de incertidumbre. En cualquier caso, se trata de una sentencia en unificación de doctrina. Y no es descartable que el FOGASA acate sus argumentos no presentando nuevas demandas de revisión de actos administrativos declarativos de derechos.

No obstante, y sin dejar de reconocer su autoridad, permítaseme discrepar de la sentencia objeto de este comentario, especialmente en un foro doctrinal como este boletín.

¿Cuál es el posible punto débil de la sentencia? En mi opinión, la excesiva generalidad de la misma. Soy de la opinión de que

la decisión debe depender del contenido de la previa sentencia que reconoció las prestaciones de garantía salarial en virtud del silencio administrativo, y de sus concretos pronunciamientos.

Conviene al efecto repasar brevemente, a pesar de ser por todos conocida, la **evolución de la cuestión**, para reparar en algunos aspectos que pueden haber pasado desapercibidos.

**A.-** Hasta los años 2010/2011 el silencio positivo no se planteaba en los Juzgados de lo Social. El FOGASA resolvía en plazo o, al menos, en un plazo razonable, y era verdaderamente inusual que se invocara el efecto positivo del silencio administrativo.

**B.-** En una segunda etapa, cuando el FOGASA se vio desbordado y empezó a resolver los expedientes con meses de retraso, el silencio administrativo se empezó a invocar como argumento, aunque fuera, simplemente, a mayor abundamiento.

Argumento que era acogido, pero principalmente para excluir la posibilidad de denegación por el planteamiento de excepciones, como, por ejemplo, la prescripción para reclamar las prestaciones de garantía salarial, por expiración del plazo de un año previsto en el art. 33.7 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Sin embargo, con el argumento de que el art. 62.1.f de la LRJAPyPAC (actualmente art. 47.1.f de la LPAC) declaraba la nulidad de pleno derecho de 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, los Juzgados de lo Social y/o las Salas de lo Social de los TSJ sí entraban a valorar si se cumplían los requisitos legalmente previstos, como la previa declaración de insolvencia de la empresa, o la existencia de título hábil para el reconocimiento del crédito contra la empresa (no lo sería, por ejemplo, la indemnización por despi-

do improcedente reconocida en acta de conciliación previa -art. 33.2 del ET-).

C.- El TS corrigió esta predisposición al examen de la concurrencia de los requisitos para poder acceder a las prestaciones de garantía salarial. Apuntó que el reconocimiento debía ser incondicional, sin examinar su legalidad.

Así, por ejemplo, las STS nº 938/2017, de 28 de noviembre de 2017 (rec. 2067/2016 Roj. 4411), STS nº 943/2017, de 28 de noviembre de 2017 (rec. 3707/2016 Roj. 4412), y STS nº 671/2018, de 26 de junio de 2018 (rec. 2502/2017 Roj. 2906), apuntaron que procedía el reconocimiento de las prestaciones en virtud del efecto positivo del silencio administrativo, sin entrar a analizar si el título era o no válido (indemnización por despido improcedente reconocido en conciliación administrativa previa).

La Jurisdicción Social se plegó a estos postulados y dejó de examinar la

concurrencia de los requisitos y/o presupuestos para el reconocimiento de las prestaciones. Procedió a reconocer las mismas, una vez constatado que operaba el silencio administrativo positivo, aunque sujetando su importe a los límites legales (el doble del salario mínimo interprofesional -SMI- como módulo diario, 120 días de salario como máximo, cómputo de las indemnizaciones a razón de 30 días por año trabajado con el tope de 12 mensualidades) (art. 33.1 y 2 del ET).

Es más, se consideraba que el reconocimiento extemporáneo de las prestaciones en vía administrativa, aunque con sujeción a los límites legales, ya había satisfecho los efectos del silencio administrativo positivo.

Y en este sentido, se destacaba que en el impreso de la solicitud al FOGASA no había campo alguno en el que poder indicar la cantidad reclamada en concepto de prestaciones de garantía salarial.

**D.-** Pero nuevamente el TS corrigió esta tendencia, apuntando que una vez que operaba el silencio administrativo no cabía limitar a los topes legales el importe de las prestaciones, lo que obligaba a reconocer como tales la integridad de las cantidades que constaban en los diferentes títulos (las actas de conciliación, previa o judicial, las sentencias, los autos de extinción de la relación laboral, o las certificaciones de los Administradores Concursales), aunque resultaran cantidades verdaderamente disparatadas en comparación a los máximos de responsabilidad legal del FOGASA.

En este sentido, las STS nº 479/2018, de 9 de mayo de 2018 (rec. 2792/2017 Roj. 2149), ó STS nº 1062/2018, de 13 de diciembre de 2018 (rec. 2874/2017 Roj. 4498); y otras muchas de idéntica factura.

Así las cosas, no tenemos un único tipo de sentencias que reconocían las prestaciones de garantía salarial en virtud del silencio positivo. Unas analizaban la concurren-

cia de los requisitos o presupuestos; otras prescindían de este análisis pero limitaban el importe de las prestaciones a los límites legales; y otras ni eso, reconociendo las prestaciones en los importes indicados en la demanda, que eran traslación de los consignados en los títulos en los que se reconocían los créditos frente a la empresa.

**¿Es lógico que tan diverso abanico de sentencias produzca el mismo efecto vinculante en el posterior proceso instado por el FOGASA para la revisión de actos administrativos?**

En mi opinión, por supuesto que no.

Es más, mi concepción procesal de la cosa juzgada parte de considerar que la misma no deriva de sentencias, sino de pronunciamientos judiciales. Son los concretos pronunciamientos judiciales los que en su caso pueden dar lugar a los efectos, positivo y negativo, de la cosa juzgada material. Y si sobre una cuestión no hay

un concreto pronunciamiento es evidente que no puede predicarse la fuerza de cosa juzgada al respecto.

Aplicando esta concepción a la problemática que nos ocupa, si la previa sentencia que reconoció las prestaciones de garantía salarial en virtud del silencio administrativo positivo entró a analizar si concurrían los requisitos y/o presupuestos para su reconocimiento, esta cuestión no podrá ser objeto de un nuevo enjuiciamiento.

Si únicamente verificó el ajuste a los límites legales, la posterior sentencia en el proceso de revisión de actos administrativos declarativos de derechos podrá analizar si concurren o no los requisitos y/o presupuestos para acceder a las prestaciones, pero no podrá recalcularse los límites legales, pues al respecto ya existe un pronunciamiento judicial. Y si la previa sentencia que reconoció las prestaciones en virtud del silencio administrativo positivo, ni examinó la legalidad, ni ajustó las

cantidades a los topes legales, limitándose a constatar la existencia de una resolución presunta por silencio administrativo, en el posterior proceso instado por el FOGASA para el reconocimiento de actos declarativos de derechos se podrá examinar tanto si concurren los requisitos y/o presupuestos, como los límites legales, pues no existía ningún pronunciamiento judicial previo al respecto.

Resumiendo, todo debería depender de los extremos sobre los que se haya pronunciado la previa sentencia que, apreciando el silencio administrativo positivo reconoció las prestaciones. Extremos sobre los que no debería poder propiciarse un segundo pronunciamiento, por concurrir, no el efecto positivo, sino el negativo, de la cosa juzgada material, que es el que impide un segundo pronunciamiento sobre lo ya resuelto.