

## EL FOGASA Y EL SILENCIO POSITIVO: ¿«EL QUE CALLA OTORGA», SE PIDA LO QUE SE PIDA?

Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2017, recs. núms. 669/2016 y 701/2016

**Carolina Martínez Moreno**

*Catedrática. Universidad de Oviedo*

### 1. LA CUESTIÓN LITIGIOSA Y LA POSTURA MAYORITARIA DE LA SALA

A decir verdad, no se puede decir que ni la situación que da lugar a las dos resoluciones que se van a comentar aquí ni la normativa de aplicación al caso revistan particular complejidad, si acaso, sí tienen algo de novedoso en comparación con pronunciamientos precedentes sobre asuntos similares. Pero lo que de singular y llamativo, y, por consiguiente, lo que de mayor interés tienen estas dos sentencias está en la interpretación que sobre el alcance del silencio positivo lleva a cabo la mayoría de la sala en conexión con los límites que la ley señala a la responsabilidad del FOGASA; y, en fin, en la solución proporcionada al asunto litigioso de fondo. Todo lo cual, dicho sea de paso, vuelve a poner de manifiesto las disensiones que se viven en los últimos tiempos en el seno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dejando a la vez una estela de cuestiones controvertidas y de problemas prácticos de enorme trascendencia sin resolver o con una resolución más que discutible.

Se trataba en ambos casos de determinar el efecto que sobre una solicitud de prestaciones al FOGASA había de desplegar el transcurso de los tres meses que señala como plazo máximo para resolver en primera instancia el artículo 28.7 del [Real Decreto 505/1985](#), sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial. Con la particularidad de que en el segundo caso se dictó resolución desestimatoria de la pretensión extemporáneamente, fuera de plazo, asunto que sí cuenta con precedentes; y de que en ambos casos –y esta sí es la parte novedosa– la cuantía reclamada excedía de los límites que señala el [artículo 33 del ET](#).

Vayan por delante, antes de entrar en mayores pormenores, dos observaciones. La primera, que la propia sala se muestra dubitativa y, una vez más, contradictoria en sus razonamientos cuando –sobre todo en la segunda de las sentencias, la que resuelve el [rec. núm. 701/2016](#)– mues-

tra sus reticencias respecto de que pueda considerarse como regla general que es posible obtener prestaciones del FOGASA superiores a las previstas legalmente, o ponerse en cuestión el carácter imperativo e indisponible de las reglas que contiene el [artículo 33 del ET](#). Pese a lo cual, la mayoría de los magistrados concluyen estimando la pretensión actora y concediendo lo solicitado por el interesado en virtud del silencio administrativo. La segunda observación consiste en que la remisión a los antecedentes que la propia sala cita de manera expresa cuando dice «reiterar y completar doctrina» resulta asimismo cuestionable y no del todo veraz. En relación con la [STS de 16 de marzo de 2015, rec. núm. 802/2014](#), porque lo que en la misma se dirime no es exactamente lo mismo que ahora, puesto que la controversia en aquel caso giraba en torno a si en virtud del silencio podía considerarse tácitamente estimada la pretensión respecto del 40 % de la indemnización por extinción del contrato de trabajo en virtud de la responsabilidad directa prevista entonces en la regla, hoy desaparecida, en el artículo 33.8 del [ET](#) para las empresas de menos de 25 trabajadores, y frente a la virtualidad de la posterior resolución denegatoria. No si la responsabilidad así reconocida o declarada pudiera exceder del límite legal. Y por lo que respecta a la [STS de 4 de octubre de 2016, rec. núm. 2323/2015](#), la aseveración que hace la sala se nos antoja menos rigurosa aún, porque lo que allí se planteaba era la competencia jurisdiccional del orden social para conocer de la reclamación de los intereses de demora devengados por la deuda principal del FOGASA. Cuestiones ambas que, como se decía, no presentan una coincidencia exacta o precisa con la particular y grave circunstancia que ahora se daba y que con toda probabilidad debería haber connotado, matizado o condicionado la decisión y la misma aplicación de esa doctrina precedente a los presentes casos. Pero veamos cuáles son –ya se adelanta el sentido de este comentario– las restantes objeciones oponibles a la postura que acaba de manifestar la sala en estos dos pronunciamientos, buena parte de las cuales quedan recogidas en el relevante voto particular que a ambas sentencias se formula.

## 2. LA NATURALEZA DEL SILENCIO Y EL ALCANCE DEL SILENCIO POSITIVO

El primero de los posibles motivos de crítica surge de la naturaleza y sentido mismo del silencio positivo, mejor dicho, de una errónea o desviada comprensión de la técnica del silencio administrativo. Una institución, dicho sea de paso, abundante y profundamente tratada por la doctrina administrativista más autorizada, que –con algunos, aunque no muy significativos, matices– a propósito de la dogmática de los actos administrativos nos explica, en primer lugar, que el derecho a recibir una contestación de la Administración se encuentra consagrado en el artículo 41.4 de la [Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#). Que el silencio se configura, desde el punto de vista de una actuación administrativa eficiente, correcta y puntual, como una verdadera garantía para el administrado; en el caso del silencio negativo, porque abre paso a la interposición por el interesado del recurso administrativo y contencioso-administrativo que en cada caso proceda, haciendo efectivo el derecho a la tutela judicial reconocido también constitucionalmente (art. 24 [CE](#)); y en el caso del silencio positivo, porque deja expedito el cauce para el disfrute sin cortapisas burocráticas del bien o derecho concernido por la solicitud del particular,

cuestión sobre la que enseguida se volverá. Con tal finalidad, se interpreta que el silencio constituye un acto presunto que equivale al acto administrativo que pone fin al procedimiento (art. 43.2 LRJPAC 1992), y que en el caso del silencio positivo no permite una resolución expresa posterior desestimatoria –solo podría ser confirmatoria (arts. 43.3 a) LRJPAC 1992 y 24.3 a) LPAC 2015)– ni un replanteamiento o examen de su legalidad intrínseca o de fondo (STS, Sala Tercera, de 25 de septiembre de 2012, rec. núm. 4332/2011). Se trata, en definitiva, de que el interesado no sufra un menoscabo en sus derechos o una frustración de sus intereses a resultas de la inactividad o de la actividad extemporánea de la Administración. Es una manera indirecta, por tanto, de excitar la actuación eficaz y en tiempo de esta última (STC 52/2014, de 10 de abril).

Así y todo, tanto la normativa anterior –la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), aplicable al caso por razones temporales– como la actualmente vigente –la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC)– contemplan numerosas excepciones al efecto presuntamente estimatorio del silencio, que además cedía cuando concurriera un «interés general prevalente» o el derecho cuyo reconocimiento se postulase no existiese; y sigue cediendo con la normativa más reciente cuando 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 (art. 24 LPAC 2015). Además, esta regulación se complementa con lo que de modo reiterado y constante viene sentando la jurisprudencia contencioso-administrativa en el sentido de que el silencio puede tener lugar «ante cualquier clase de solicitud, [pero] siempre que su contenido sea real y posible desde el punto de vista material o jurídico» (STS de 2 de febrero de 2012). De modo que serán nulos de pleno derecho los actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos si se careciere de los requisitos esenciales para su adquisición (arts. 62.1 f) LRJPAC 1992 y 47.1 f) LPAC 2015). Conviene retener cuáles son los óbices legales a la operatividad del silencio positivo: colisión con el interés general, inexistencia del derecho, o imposibilidad material o jurídica de lo solicitado, porque luego volveremos sobre ello.

Si bien es cierto que –tal y como se ocupan de subrayar las dos sentencias comentadas con abundante acopio jurisprudencial– con carácter general, y por mor de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, para revisar y dejar sin efecto un acto presunto o anulable, la Administración debe seguir el procedimiento de revisión de oficio establecido por el artículo 102 de la LRJPAC 1992 (art. 106 LPAC 2015), o instar la declaración de lesividad. Por lo que concluye sosteniendo la sala que el único mecanismo para dejar sin efecto el acto administrativo tácito es el procedimiento de revisión de actos declarativos de derechos *ex* artículo 146 de la LRJS. Frente a ello, o para evitar esta indeseable situación, a la Administración no le queda otra que acomodar su actuación a los fines y objetivos de eficiencia antes señalados y resolver los procedimientos en plazo.

Hasta aquí parece que no es posible objetar que el silencio positivo pueda alcanzar al actuar de un organismo como el FOGASA, comprendido en el ámbito de aplicación de la LRJPAC 1992 (art. 2.2). Sin embargo, creo con todo respeto que la sala ha aplicado de modo excesiva-

mente mimético este bloque normativo, sin reparar en cuál es el fundamento y sentido de ser de esta regulación, ni el carácter del propio mecanismo de garantía en que consiste el FOGASA, y en el contexto socioeconómico en que se produce en la actualidad su funcionamiento y el reconocimiento de las prestaciones que ha de proporcionar a los solicitantes. Condicionantes que sí aparecen, en cambio, en los razonamientos del voto particular, como luego se dirá.

Sobre lo primero, la razón de ser del silencio administrativo y el alcance, límites y numerosas excepciones a la operatividad del silencio positivo, resulta sumamente ilustrativo un somero repaso de la evolución de la normativa administrativa articuladora de esta técnica. Y así, tras haber prevalecido en la [LPA 1958](#) el carácter negativo del silencio, como vía de apertura de una eventual impugnación del acto presunto y garantía de tutela judicial efectiva, en la [Ley 30/1992](#) se inició lo que los administrativistas más solventes han calificado como «proceso histórico del triunfo del silencio». Fue sobre todo a raíz de las modificaciones introducidas, primero por la [Ley 4/1999](#), y luego por la [Ley 17/2009, de 23 de noviembre](#), sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio con el retoque operado por la [Ley 25/2009](#), cuando se altera el sentido de esta institución potenciándose el papel del silencio positivo, operación que no ha estado exenta de calificativos como el de «demagógica» y, en cierto sentido, contraria a la seguridad jurídica. Pero lo que en este momento interesa poner de relieve es el hecho de que estas últimas disposiciones tuvieron la virtualidad de trasponer al derecho interno la normativa liberalizadora contenida en la [Directiva 2006/123/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, cuyo objetivo no era otro que «establecer las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios» (art. 1.1). De modo que lo que se pretendía, sobre todo, era propiciar el acceso de los particulares a ciertas actividades y fomentar y favorecer la iniciativa privada en el ámbito de las libertades de establecimiento y prestación de servicios; pudiendo afirmarse que el ámbito propio del silencio positivo se encuentra, desde ese punto de vista, en la obtención de autorizaciones y licencias como las urbanísticas o de obra (por cierto, con numerosas excepciones que convierten la regla general del silencio positivo casi en una excepción), las de apertura de establecimientos y empresas, o las de promoción e inicio de actividades económicas o profesionales. Quedando fuera del alcance de esta técnica numerosas actuaciones, prestaciones y derechos netamente vinculados al orden público, tales como el derecho de petición, las facultades relativas al dominio y a los servicios públicos, la responsabilidad patrimonial de la Administración, el ejercicio del derecho de gracia, los permisos de conducir o los penitenciarios, o el reconocimiento de la condición de refugiado, por poner solo algunos significativos ejemplos. En cualquier caso, aquella finalidad de liberalización de ciertas actividades que provoca el engrosamiento del alcance del silencio positivo poco o nada tiene que ver con la obtención de prestaciones del FOGASA.

Por su parte, cierta jurisprudencia contencioso-administrativa ha considerado –incluso en contra del espíritu y de la letra de la [LRJPAC 1992](#)– que el silencio positivo es de aplicación excepcional, quedando reservado para ciertos procedimientos predeterminados, entendido el sentido del término «procedimiento iniciado a solicitud del interesado» con un alcance restrictivo, y que conforme dispone el artículo 42.5 de la [LRJPAC](#) deben ser únicamente los que las propias

Administraciones públicas se ocupan de listar (advírtase, a estos efectos, que en el anexo a la [Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 20 de marzo de 1996](#) [BOE 10 de abril], ni entre los procedimientos referidos a «prestaciones sociales» ni en ningún otro apartado aparecen citados los procedimientos tramitados ante el FOGASA). Y, en fin, se advierte que «es equivocado considerar que cualquier petición del administrado dé lugar a un procedimiento iniciado a solicitud del interesado, con la consecuencia de que si no se contesta por la Administración en el plazo máximo establecido para resolver, debe considerarse estimada por silencio [...]» (STS, Sala Tercera, de 28 de febrero de 2007, rec. núm. 302/2004, a la que cita literalmente la más reciente STS de la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo, de [14 de octubre de 2014, rec. núm. 2007/2012](#)).

Un último bloque de objeciones vendría de la mano de los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación. Piénsese en la diferencia de trato que deriva del hecho de que haya o no respuesta en plazo. Lo que implicará para unos solicitantes la imposibilidad de obtener prestaciones por encima de los límites legales, mientras que para los que obtengan respuesta tácita en virtud del silencio la solicitud no solo será estimada, sino que lo será en su integridad, sin sometimiento a tope cuantitativo alguno. Sin mencionar el posible efecto distorsionante de la competencia en caso de que sean los empresarios los solicitantes; o la eventual quiebra del principio de interdicción de la arbitrariedad en el actuar de las Administraciones públicas.

### 3. LOS ARGUMENTOS Y RAZONES DE LOS VOTOS PARTICULARES

Todos estos argumentos, junto a otras razones y consideraciones que se apuntan en el voto discrepante que formula a ambas sentencias el Excmo. Sr. magistrado don Luis Fernando de Castro Fernández (y al que se adhieren nada menos que otros cuatro integrantes de la sala), apuntan a una posible solución más matizada y ponderada, conforme a la cual hubiera debido aplicarse el silencio negativo.

En primer lugar, destaca el voto la proximidad de la solicitud de prestaciones al FOGASA con los procedimientos de Seguridad Social a que se refiere el [artículo 129.3 de la LGSS](#), para los que se establece la regla del silencio negativo. Y ello en la medida en que tanto el FOGASA como las entidades gestoras reconocen el derecho a prestaciones de cuantía legalmente tasada, que provienen de fondos de origen privado (las cotizaciones y aportaciones de empresarios y trabajadores), sujetos a un procedimiento de cotización similar y que son objeto de recaudación conjunta.

En segundo término, pero muy cercano al anterior argumento, el voto remarca la singular naturaleza jurídica del FOGASA como peculiar ente asegurador y fiador *ex lege*, cuya responsabilidad está sometida a límites cuantitativos predeterminados por la ley; entre otras razones, por las que el propio voto se ocupa de subrayar: la presencia de otra multiplicidad de intereses en juego que merecen asimismo ser tutelados. Los del propio empresario, en la medida en que el FOGASA se subroga en los derechos y acciones de los trabajadores frente a aquel ([art. 33.4 ET](#));

los del resto de empresarios a los que alcanza ese principio de socialización de los riesgos que implica la constitución de un fondo de garantía del tipo del FOGASA; los intereses de los demás trabajadores que pudieran tener deudas pendientes frente a la empresa; y, en fin, los del resto de acreedores cuyos créditos pueden ceder ante el carácter privilegiado del crédito salarial. Sujetos a los que, por otro lado, habría de haberse dado audiencia en el procedimiento en virtud de lo dispuesto en el artículo 24.2 del [Real Decreto 505/1985](#), que alude de forma expresa a la empresa y al órgano competente del concurso, trámite que la doctrina contencioso-administrativa hace extensivo a cualquier interesado (STS, Sala Tercera, de 28 de octubre de 2014, rec. núm. 4766/2011).

Un último argumento de tipo sociológico, pero no menos relevante, es el consistente en el resultado disparatado de aplicar sin matizaciones las reglas sobre un mecanismo que trata de forzar a la Administración a una actuación diligente y temporánea a un organismo al que han alcanzado de lleno las consecuencias de los recortes, de la falta de personal y la profusión de reclamaciones derivadas del crecimiento exponencial de los casos de insolvencia y crisis empresarial que han provocado, como es de conocimiento común, indeseables y considerables retrasos en la tramitación de los expedientes de solicitud de prestaciones.

De ahí que el voto considere la necesidad de introducir a la hora de aplicar la técnica del silencio a este tipo de asuntos algunos matices. A saber, que la cualidad de acto administrativo presunto se predique únicamente de los presupuestos del derecho en sí mismo: existencia de relación laboral, idoneidad del procedimiento, habilidad del título ejecutivo o dimensión de la plantilla, pero no del concreto alcance de la prestación solicitada, en tanto que la misma está legalmente cuantificada y sometida a límites taxativos. Que el silencio habrá de ceder cuando, como ya se ha dicho, exista un interés general prevalente o el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista. Que en el trámite de ejecución del acto presunto, tanto el FOGASA como, en su caso, el juzgado que dirima la petición del interesado habrán de ceñirse a los límites legales en la cuantificación de lo ejecutoriado. Y, en fin, que habrán de resultar asimismo de aplicación principios generales como la proscripción del fraude de ley (art. 6.4 CC), claramente apreciable cuando se trate de reclamaciones reiteradas una vez agotadas las cuantías legalmente previstas (caso dirimido por la segunda de las sentencias comentadas, la dictada en el [rec. núm. 701/2016](#)).

#### **4. EN CONCLUSIÓN: LOS INTERROGANTES QUE HAN QUEDADO EN EL AIRE**

No parece ni muy convincente ni apropiada la solución que nos ofrece la sala en estas dos sentencias. Por el contrario, los razonamientos y argumentos más matizados del voto particular atienden en mayor medida a esos interrogantes sobre los que no se ofrece respuesta y que giran en torno a los límites que la propia normativa legal sobre el silencio administrativo y la doctrina contencioso-administrativa contemplan: la necesaria preservación del interés general, la inexistencia del derecho o la imposibilidad material o jurídica de lo solicitado. Porque, ¿no subyace de por sí un interés general prevalente en un procedimiento donde se decide un tipo de responsabi-

lidad que se atribuye a un organismo público financiado con el dinero de todos los empresarios? ¿Se puede decir de verdad que existe un derecho a cobrar por encima de un límite legal taxativo como el que fija el [artículo 33 del ET](#)? Más aún, ¿es posible jurídicamente atribuir una responsabilidad patrimonial por encima de ese límite? ¿Qué consideración han merecido para la sala los intereses de esos terceros, trabajadores, empresarios y eventuales acreedores cuyos créditos han de ceder ante un crédito salarial privilegiado y sin límites? ¿No se rompe con esta solución el delicado equilibrio de intereses en juego en casos de insolvencia o concurso que precisamente las normas sobre las garantías del crédito salarial pretenden establecer?

Y, en otro orden de cosas, ¿ha tenido en cuenta la sala el contexto social en que la norma ha de ser aplicada? ¿El carácter singular que como organismo tiene el FOGASA? ¿La situación en que se encuentra su personal? ¿Es razonable y proporcionado aplicar una técnica que trata de forzar a la Administración a una actuación diligente y temporánea cuando sus mermados medios personales no dan abasto ante la avalancha de reclamaciones y solicitudes en casos de insolvencia empresarial que la crisis ha propiciado?

Puede sonar demagógico y poco técnico, pero consideraciones de este tipo se esgrimen en otros casos para matizar o modular en estos convulsos tiempos la interpretación y aplicación de numerosas normas laborales, o para proporcionar soluciones más o menos creativas a considerablemente complejas controversias, y llama un poco la atención que aquí no se haya llevado a cabo una operación similar, quizá en un afán sobreprotector del trabajador solicitante, pero que deja huérfanos de tutela otros intereses en juego también relevantes.