



Roj: **STSJ AS 1560/2014 - ECLI: ES:TSJAS:2014:1560**

Id Cendoj: **33044340012014101039**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **16/05/2014**

Nº de Recurso: **918/2014**

Nº de Resolución: **1077/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MARIA VIDAU ARGÜELLES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL**

**OVIEDO**

**SENTENCIA: 01077/2014**

**T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO**

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

**NIG:** 33044 44 4 2013 0003154

402250

**TIPO Y Nº DE RECURSO:** RECURSO SUPPLICACION 0000918 /2014

**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** DEMANDA 530/2013 del JDO. DE LO SOCIAL nº 5 de OVIEDO

**Recurrente/s:** Balbino , Eliseo

**Abogado/a:** CLARA BERMEJO ALONSO

**Recurrido/s:** FONDO DE GARANTIA SALARIAL

**Abogado/a:** ABOGADO DEL ESTADO

Sentencia nº 1077/2014

En OVIEDO, a dieciséis de mayo de dos mil catorce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, el Tribunal de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, formado por los Ilmos. Sres. D. JOSÉ ALEJANDRO CRIADO FERNÁNDEZ, Presidente, D<sup>a</sup>. MARÍA VIDAU ARGÜELLES y D. JESÚS MARÍA MARTÍN MORILLO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NO MBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el RECURSO DE SUPPLICACIÓN **918/2014**, formalizado por la Letrada D<sup>a</sup> Clara Bermejo Alonso, en nombre y representación de D. Balbino y D. Eliseo , contra la sentencia número 69/2014 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de OVIEDO en el procedimiento DEMANDA 530/2013, seguido a instancia de los citados



recurrentes frente al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, representado por el Abogado del Estado, siendo Magistrado-Ponente la **Ilma. Sra. D<sup>a</sup> MARÍA VIDAU ARGÜELLES**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** D. Balbino y D. Eliseo presentaron demanda contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 69/2014, de fecha catorce de febrero de dos mil catorce.

**SEGUNDO.-** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º.- Los actores prestaron servicios para la empresa MICROTÚNELES SONNTAG IBÉRICA S.L., en concreto D. Eliseo, con antigüedad de 7 de julio de 2008 hasta que fue despedido con efectos de 31 de octubre de 2012 y D. Balbino con antigüedad de enero de 2006 hasta que fue despedido con efectos de 21 de octubre de 2012. Ambos fueron despedidos por la empresa alegando causas económicas indemnizándoles con 12 días de salario por año de servicio con el límite de una anualidad, en concreto D. Eliseo con la cantidad de 2.490,40 €, y a D. Balbino con la cantidad de 8.633,80 €.

2º.- En fecha 7 de noviembre de 2012 los actores solicitaron al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL las prestaciones, 40% restante de la indemnización percibida, en concreto D. Eliseo solicitó la cantidad de 1.660,30 €, y D. Balbino la cantidad de 3.453,50 €. El citado organismo dictó sendas resoluciones en fecha 4 de abril de 2013, en virtud de la cual se denegaba el abono del 40% de la indemnización al quedar constancia de que la extinción de los contratos de trabajo afecta en un período de noventa días al menos a diez trabajadores, sin que se haya seguido el procedimiento de extinción colectiva de los contratos de trabajo respecto de los trabajadores.

3º.- De estimarse la responsabilidad directa del FOGASA la cantidad por el concepto de indemnización ascendería a D. Eliseo en 1.651,82 €, y para D. Balbino la cantidad de 2.721,91 €.

4º.- La empresa MICROTÚNELES SONNTAG IBÉRICA S.L. en fecha 21 de octubre de 2012 despidió además de a D. Balbino a cinco trabajadores más, y también realiza despidos a otros trabajadores con efectos de 28 de octubre, 30 de octubre, 25 de octubre y 31 de octubre, de forma que tomando como día final del cómputo del periodo de 90 días el 31 de octubre de 2012 se producen 16 extinciones. Con fecha de 21 de octubre de 2012 se despiden a 7 trabajadores, y el día 24 de octubre se despide a otro trabajador y el día 25 de octubre se despide a dos trabajadores. En la actualidad permanecen en alta dos trabajadores: Pelayo que con contrato indefinido hasta 28 de octubre de 2012 en que fue despedido, es nuevamente contratado al día siguiente con contrato de obra, y D. Jose Miguel que con contrato indefinido hasta el día 21 de octubre de 2012 en que fue despedido es nuevamente contratado al día siguiente 22 de octubre de 2012 con un contrato de obra. Se da por reproducido en este punto la vida laboral de la empresa durante el periodo de 1 de enero de 2012 a 1 de enero de 2014.

5º.- El actor formula la presente demanda el día veintiocho de mayo de dos mil trece.

**TERCERO.-** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que, desestimando íntegramente la demanda formulada por D. Eliseo, D. Balbino frente al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo absolver y absuelvo a la demandada del pedimento de adverso formulado.

**CUARTO.-** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la representación de Balbino y Eliseo formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO.-** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 16 de abril de 2014.

**SEXTO.-** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 8 de mayo de 2014 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia desestimó la demanda deducida por los actores frente al Fondo de Garantía Salarial, en la que se reclamaba a dicho Organismo el abono del resto de la indemnización (equivalente a ocho días de salario) correspondiente al despido objetivo de que dichos trabajadores habían sido objeto



por parte de la empresa Microtúneles Sonntag Ibérica S.L., y por ello la condena al pago de las cantidades indicadas por cada uno de ellos en el escrito de demanda.

La representación letrada de los demandantes interpone recurso de suplicación contra la sentencia, que ha sido impugnado de contrario por la representación del Organismo demandado, y que estructura en tres motivos de suplicación, encaminado el primero a la revisión de hechos probados, y destinados los dos restantes al examen del derecho aplicado.

En el primer motivo del recurso formulado al amparo procesal del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se solicita la revisión del hecho probado cuarto de la sentencia de instancia, pretendiendo su sustitución por el siguiente texto que indica en el escrito de formalización del recurso:

"La empresa MICROTÚNELES SONNTAG IBÉRICA S.L., en fecha 21 de Octubre de 2012 despidió a Balbino causando baja cinco trabajadores más, también causaron baja otros trabajadores con efectos de 28 de octubre, 30 de octubre, 25 de octubre, 31 de octubre. De forma que tomando como día final del cómputo del periodo de 90 días el 31 de octubre de 2012 se producen 16 extinciones. Con fecha 21 de octubre causan baja 7 trabajadores, y el día 24 de octubre causa baja otro trabajador y el día 25 de octubre causa baja dos trabajadores. En la actualidad permanecen en alta dos trabajadores: D. Pelayo que con contrato indefinido hasta 28 de octubre de 2012, en que causó baja, es nuevamente contratado al día siguiente con contrato de obra, y D. Jose Miguel que con contrato indefinido hasta el 21 de octubre de 2012 en que causó baja y es nuevamente contratado al día siguiente 22 de octubre de 2012 con un contrato de obra. Se da por reproducida en este punto la vida laboral de la empresa durante el periodo 1 de enero de 2012 a 1 de enero de 2014, no quedando acreditados en la misma los motivos de la baja".

Tal pretensión que la parte recurrente apoya en la documental del folio 39, hoja de vida laboral de la empresa durante el periodo 1 de enero de 2012 a 1 de enero de 2014, no resulta atendible al apoyarse la modificación en la misma documental que ha sido tenida en cuenta por la Magistrada de instancia para formar la convicción que expresa, no resultando posible admitir la revisión fáctica con base a las mismas pruebas que sirvieron de fundamento a la sentencia impugnada, en cuanto que no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador de instancia, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada, siendo doctrina reiterada la que concede al juzgador de instancia libertad para apreciar las pericias y los documentos probatorios, llegando a una conclusión que debe prevalecer sobre la opinión interesada del recurrente mientras no aparezca desvirtuada por otra irrefutable, lo que no acontece en el presente caso cuando además por la propia parte recurrente se está reconociendo que en la vida laboral de la empresa figura la causa de extinción de los contratos con la clave número 54 que se corresponde con causas no imputables a la voluntad del trabajador.

**SEGUNDO.**- Ya en sede de censura jurídica son formulados dos motivos de suplicación en los que por la representación letrada recurrente se denuncia, en primer lugar, la infracción de lo previsto en el artículo 43.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en relación con los artículos 42 y 43.2 y 43.3 a) de dicho Cuerpo Legal, y del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia que los desarrolla. En el segundo de los motivos, que se formula con carácter subsidiario al anterior para el supuesto de que se estime que cabe entrar a valorar el fondo del asunto, se denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 55.1 y 52.c) del ET en relación con el artículo 122.2 b) de al LRJS y de la jurisprudencia que los desarrolla.

En el primero de los motivos de censura jurídica formulados se alega que los trabajadores solicitan en su demanda que se estime su reclamación de responsabilidad directa frente al Fogasa por haber transcurrido el plazo de tres meses para resolver, sin que se hubiera producido dicha resolución, debiendo por lo tanto entenderse su solicitud estimada por silencio positivo, sin que pudiera entrar a valorar el juzgado de instancia la validez del acto administrativo presunto, en cuanto que operado el silencio, el mismo opera en su totalidad, y que al no existir norma con rango de ley que disponga otra cosa, en cuanto el artículo 33.8 del ET relativo a la responsabilidad del Fogasa (en su redacción vigente en el momento de los despidos) no contiene previsión alguna sobre el silencio, no habría excepción legal al silencio positivo determinado con carácter general en el artículo 43.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Se sostiene que si se entiende que el acto presunto otorga un derecho cuando no se tiene derecho a él por haber un vicio de nulidad, el actor presunto debe ser anulado por los procedimientos administrativos determinados legalmente en los artículos 62 y concordantes de la ley 30/92, no siendo posible su anulación posterior por resolución expresa, debiendo acudir, para poder anular el acto, al proceso de nulidad o de lesividad recogido en el artículo 102 a 106 de la misma ley, tal y como así viene recogido en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2006 e igualmente en la de 25 de septiembre de 2012.



En relación con la cuestión planteada cabe reiterar aquí por acertado, lo ya resuelto al respecto por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sus sentencias de 11 de noviembre de 2013 (recurso 1151/13 ), 2 de diciembre de 2012 (recurso 1181/13 ), y 24 de febrero de 2014 (recurso 1650/13 ). En un supuesto idéntico al presente (en el que el trabajador demandante había sido despedido por causas objetivas reconociéndosele por la empresa para la que había prestado servicios una indemnización en cuantía correspondiente al 60% de la indemnización quedando pendiente el pago del 40% restante a cuyo fin se solicitó su pago del FOGASA el día 8 de marzo de 2011, dictando resolución dicho Organismo el 1 de julio de 2011 denegando la prestación por haber existido despido colectivo sin seguirse los trámites correspondientes) se manifiesta en la sentencia de 2 de diciembre de 2013 lo siguiente:

"Para resolver la cuestión litigiosa se ha de partir de lo prescrito en el art. 43.1 de la Ley 30/1992 , modificado por el número dos del artículo 2 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre , de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio («B.O.E.» 23 de diciembre), con vigencia de 27 de diciembre de 2009, a cuyo tenor "en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legítima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario".

(...)

A su vez, en el apartado 2 de esta misma norma se indica: "La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente". Las mencionadas disposiciones deben de ser completadas con lo prescrito en el apartado 3 de la misma norma, conforme al cual "la obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 42 se sujetará al siguiente régimen: a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto solo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.

(...)

Finalmente la disposición adicional cuarta de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre antes citada, señala que "a los efectos previstos en el primer párrafo del artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , de acuerdo con la redacción dada por la presente Ley, se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquéllos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto".

Pero es lo cierto que, como manifiesta la sentencia de instancia, ninguna norma, ni de derecho comunitario, ni de derecho nacional con rango de ley -tampoco el R.D. 505/1985, de 6 de marzo- establece que la falta de resolución equivalga a silencio administrativo negativo, de forma que al haber transcurrido el plazo de tres meses referido en el art. 28, siete , de esta última disposición reglamentaria ("el plazo máximo para dictar resolución en primera instancia será de tres meses, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud") ha de considerarse la solicitud en forma positiva, pese a que casi un mes después del 8 de junio de 2011 en que venció dicho plazo, se dictara por el FOGASA resolución desestimatoria.

En consecuencia, dicha resolución ya no sirve para iniciar el procedimiento judicial en el entendimiento de que el acto administrativo objeto de impugnación es la denegación de la prestación solicitada, pues previamente el FOGASA había dejado transcurrir el plazo legal en el que ha de darse oportuna respuesta, en un sentido u otro, pues, como dice el art. 43.3 de la Ley 30/1992 , "en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto solo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo".

(...)- Señala la STS (Sala Tercera) de 15 de marzo de 2011 (rec. 3347/2009) , invocada por la parte demandante en su escrito de impugnación del recurso, que "el silencio administrativo positivo, según el artículo 43.3 de la Ley 30/1992 , tiene todos los efectos propios o característicos que tendría un acto finalizador del expediente, salvo el de dejar formalmente cumplido el deber de resolver; de ahí, el apartado 4.a) en la redacción actual, dispone que "en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto solo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo". Indicando a su vez esta misma sentencia que:



"Ahora bien, una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar como realiza el Tribunal de instancia, un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto, que según el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992 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, según declaramos, entre otras, en nuestra sentencia de uno de abril de dos mil cuatro, recaída en el recurso de casación 1602/2000, que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecidos por el artículo 102, o instar la declaración de lesividad".

Y abundando en idéntico criterio, la STS (Sala Tercera) de 25 de septiembre de 2012 (rec. 4332/2011), que cita jurisprudencia anterior, señala:

"(...) 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 30/1992 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 expesos, gozan los actos producidos por silencio positivo, conducen a que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto nulo o anulable la Administración debe seguir, como si de un acto expeso 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 expesos".

En razón con todo lo expuesto ha de concluirse que por el Juzgado de instancia se ha incurrido en la infracción normativa denunciada en el primer motivo de censura jurídica, lo que hace innecesario el análisis del formulado con carácter subsidiario, y el que el recurso de suplicación interpuesto debe ser estimado y por ello revocada la sentencia de instancia, pues al haber transcurrido el plazo de tres meses que el Organismo demandado tenía para resolver la petición de los actores, opera el silencio administrativo positivo y en consecuencia ha de entenderse que fue estimada la solicitud inicial de los actores, por lo que la demanda por ellos formulada debe ser acogida reconociéndoseles a los mismos el derecho a percibir del Fondo de Garantía Salarial la cantidad por cada uno de ellos reclamada que por lo demás no ha sido controvertida en modo alguno.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Eliseo y de D. Balbino contra la sentencia de fecha 14 de febrero de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Oviedo en los autos nº 530/2013 seguidos a instancias de dichos recurrentes frente al Fondo de Garantía Salarial, la cual revocamos, y en consecuencia con estimación de la demanda se condena al Fondo de Garantía Salarial a abonar al actor Eliseo la cantidad de 1.660,30 € y a Balbino la de 3.453,50 € en concepto de indemnización a cargo de dicho organismo por razón de sus despidos objetivos.

### *Medios de impugnación*

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, y en los términos del art. 221 de la LRJS y con los apercibimientos en él contenidos.

### *Tasas judiciales para recurrir*

La interposición de recurso de casación en el orden Social exige el **ingreso de una tasa** en el Tesoro Público. Los términos, condiciones y cuantía de este ingreso son los que establece la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, en los artículos 3 (sujeto pasivo de la tasa), 4 (exenciones a la tasa), 5 (devengo de la tasa), 6 (base imponible de la tasa), 7 (determinación de la cuota tributaria), 8 (autoliquidación y pago) y 10 (bonificaciones derivadas de la utilización de medios telemáticos). Esta Ley tiene desarrollo reglamentario en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.



Están **exentos** de la tasa para recurrir en casación: a) Los trabajadores; b) Los beneficiarios de la Seguridad Social; c) Los funcionarios y el personal estatutario; d) Los sindicatos cuando ejerciten un interés colectivo en defensa de los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social; e) Las personas físicas o jurídicas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita; f) El Ministerio Fiscal; g) La Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los organismos públicos dependientes de todas ellas; h) Las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; j) Las personas físicas o jurídicas distintas de las mencionadas en los apartados anteriores e incluidas en el art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, dentro de los términos previstos en esta disposición.

Pásense las actuaciones a la Sra. Secretaria para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ