



Roj: **STS 2890/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2890**

Id Cendoj: **28079149912017100035**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **21/06/2017**

Nº de Recurso: **153/2016**

Nº de Resolución: **538/2017**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 21 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía (Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo), representada y asistida por el letrado de la Junta de Andalucía, contra la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2014 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla) en autos núm. 33/2014, seguidos en procedimiento de oficio a instancia del Delegado Territorial de Córdoba de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía contra Asistencia Los Ángeles S.L., en el que también han sido parte los trabajadores de dicha empresa y el Comité de Empresa. Ha comparecido como recurrida la sociedad mercantil demandada Asistencia Los Ángeles S.L., representada y asistida por el letrado D. Ricardo Vera Jiménez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la representación de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía se interpuso demanda de impugnación del Expediente de Regulación de Empleo nº 92/2014 de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (Sevilla), en la que, tras exponer los hechos y motivos que se estimaban necesarios, se terminó por suplicar que se dictara sentencia por la que «se declare nula la decisión empresarial unilateral de extinguir y suspender las relaciones laborales y reducir la jornada laboral de los trabajadores afectados, por no haberse acreditado la causa económica fundamentada en la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas y, por tanto, no se da causa motivadora para la percepción de las prestaciones por desempleo o, en su defecto, se declare injustificada la medida empresarial adoptada, de manera que, en cualquier caso, se reconozca el derecho de los trabajadores afectados a ser repuestos en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial haya podido ocasionar durante el tiempo de aplicación de las medidas de extinción, suspensión y reducción, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 148.b) en relación con el artículo 138.7 de la citada Ley, así como ordenar que, conforme al artículo 148, párrafo segundo, in fine, se comunique la sentencia a esta Delegación Territorial de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo.».

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose las demandadas comparecidas, según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

**TERCERO.-** Con fecha 10 de diciembre de 2014 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) en la que consta el siguiente fallo:

«Que estimando la excepción de caducidad de la acción ejercitada, desestimamos la demanda de oficio interpuesta por la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo frente a la empresa "Asistencia Los Ángeles SL", las trabajadoras Dña. Tomasa, Dña. María Luisa, Dña. Aída, Dña. Azucena, Dña. Catalina, Dña. Emilia, representadas por la también trabajadora Dña. Sandra Ortiz Mariscal, así como el Comité de

Empresa por lo que absolvemos a los demandados de las pretensiones contenidas en la demanda rectora de las presentes actuaciones.».

**CUARTO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- El día 9 de junio de 2014 (f. núm. 10) tuvo entrada en la Delegación Territorial de Córdoba de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía, escrito de la representación legal de la empresa "Asistencia Los Ángeles SL" dedicada a la actividad de transporte sanitario, por el que comunicaba su intención de proceder a la extinción de las relaciones laborales de 4 trabajadores, suspensión de la relación laboral de 14, y reducción de jornada de otros 22 trabajadores sobre el total de los 124 que conformaban la plantilla. El fundamento de las medidas eran causas de carácter económico y la medida afectaba a tres de los cuatro centros de trabajo de la empresa sitios en Córdoba. La misma dispone de centros de trabajo sitios igualmente en Granada y Jaén.

SEGUNDO.- En la misma fecha (f. núm. 19) se libró comunicación a los trabajadores, poniéndoles de relieve el propósito empresarial. Se acompañaba a la misma una memoria explicativa de las causas (f. núm. 22) y un calendario de aplicación de las medidas (f. núm. 61). Se acompañaron igualmente las cuentas anuales de los ejercicios 2011 (f. núm. 66 y siguientes), 2012 (f. núm. 137 y siguientes) y 2013 (f. núm. 177 y siguientes). Las mismas aparecían integradas por el balance de PYMES, cuentas de pérdidas y ganancias, el estado de cambios del patrimonio neto y de la memoria anual, así como de un informe de auditoría anual. Los documentos correspondientes a las cuentas de 2011 y 2013 no se hallaban firmadas por los miembros del Consejo de Administración. Sí en cambio las correspondientes a la anualidad de 2012. Se aportó igualmente el balance de situación correspondiente al primer trimestre del 2014 así como la cuenta de pérdidas y ganancias del mismo periodo (f. núm. 214 y siguientes). Se da aquí por reproducida dicha documentación, dada la extensión de la misma, así como el informe del auditor oficial de cuentas extendido el 14 de mayo de 2014 (f. núm. 217), que se acompañó igualmente a la comunicación inicial.

TERCERO.- El día 11 de junio de 2014 (f. núm. 220 y 221) se remitió por la Delegación Territorial de Córdoba de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo la documentación mencionada al Servicio Público de Empleo Estatal y se solicitó informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

CUARTO.- El 8 de julio de 2014 (f. núm. 222) se comunicaron por la empresa a la Delegación Territorial de Córdoba de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo las actas de las reuniones celebradas durante el periodo de consulta y la resolución final sobre la misma, las cuales se dan aquí por reproducidas. En la reunión de 13 de junio de 2014 (f. núm. 223 y siguientes) se expusieron las razones que vendrían a explicar las medidas previstas, debatiéndose sobre la pertinencia, extensión y tipo de medidas a adoptar, así como sobre los criterios de determinación de los trabajadores afectados.

En la reunión de 25 de junio de 2014 (f. núm. 233 y siguientes) se manifestó la oposición de los trabajadores a las medidas propuestas, habida cuenta de la reducción salarial anteriormente aceptada por la situación económica de la empresa. Se puso igualmente de relieve la disconformidad con determinados datos, como los relativos a beneficios. En la reunión de 30 de junio de 2014 (f. núm. 239 y siguientes) se manifestó la oposición a la admisión de existencia de motivos económicos, a lo que se opuso la empresa. No se alcanzó acuerdo alguno entre la empresa y los trabajadores, procediéndose a la modificación de las medidas propuestas en determinados aspectos, que se concretaban.

QUINTO.- Entre las medidas finalmente adoptadas por la empresa se acordó (f. núm. 257 y siguientes) la extinción de 3 contratos, que posteriormente no se llevaron a cabo. Aquellas afectaron por el contrario a 34 trabajadores, respecto de los que se adoptaron medidas de suspensión de los contratos de trabajo, normalmente de 15 días por mes en forma alterna o continuada, o bien de un mes completo. Las medidas de reducción de jornada abarcaban una disminución de las mismas desde un 12,5 al 50% de su duración total, o su reducción entre 1 ó 2 horas diarias en los periodos y mensualidades especificados.

Las medidas adoptadas debían extenderse por un periodo temporal comprendido entre julio de 2014 y junio de 2018. Las fechas concretas de adopción de las mismas aparecen recogidas en la comunicación final de la empresa y se dan aquí por reproducidas en sus términos.

Dicho acuerdo final fue trasladado a la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social y Servicio Público de Empleo Estatal el 15 de julio de 2014 (f. núm. 311 y 312).

SEXTO.- Por resolución de 18 de julio de 2014 de la Delegación Territorial de Córdoba de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía (f. núm. 313), se comunicó a la empresa la falta de competencia para conocer de las extinciones propuestas, en cuanto que el número de trabajadores afectados no alcanzaba el límite legal establecido para considerar la existencia de un despido colectivo.



SÉPTIMO.- El informe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social tuvo entrada en la Delegación Territorial de Córdoba de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía el 17 de julio de 2014 (f. núm. 316), dándose aquí por reproducido.

OCTAVO.- El 23 de julio de 2014 se comunicó (f. núm. 318) la medida establecida por la Delegación Territorial de Córdoba de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, al Servicio Público de Empleo Estatal, así como a la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social (f. núm. 320).

NOVENO.- Con fecha 12 de septiembre de 2014 (f. núm. 327), la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal comunicó a la Delegación Territorial de Córdoba de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo la solicitud de impugnación ante la jurisdicción social de la decisión unilateral adoptada por la empresa. Ello en consideración a que la decisión empresarial pudiera obtener indebidamente las prestaciones por desempleo, por inexistencia de la causa motivadora del mismo al no acreditarse la causa económica alegada por la empresa.

DÉCIMO.- La evolución de la cifra de negocios en la empresa es la siguiente, expresada en euros y con indicación del trimestre al que pertenecen: cuarto trimestre de 2012 y 2013 (1.097.710,08; 1.086.218,02); primer trimestre de 2013 y 2014 (1.437.916,61; 1.414.470,77). En el tercer trimestre de 2013, la cifra de negocios fue de 1.081.807,66 €.

DECIMOPRIMERO.- En el acto del juicio se aportó documentación relativa al pago del IVA correspondiente a los cuatro trimestres del 2013 y a los dos primeros del año 2014 (f. núm. 522 a 526). Se aportaron igualmente las cuentas correspondientes a las anualidades de 2011 a 2013, firmadas por los miembros del Consejo de Administración, con asiento de presentación en el Registro Mercantil (f. núm. 584 y siguientes; 701 y siguientes; 797 y siguientes). Esta documentación había sido también unida al procedimiento en CD con anterioridad al acto del juicio, cuyo contenido se da aquí por reproducido.

DECIMOSEGUNDO.- Se une igualmente a las actuaciones diversa documentación requerida por la Sala a instancias de la demandante, relativa al pago del Impuesto de Sociedades del año 2013 (f. núm. 1 del CD aportado), que se da aquí por reproducida.

DECIMOTERCERO.- La empresa dispone en Córdoba de su centro de trabajo principal, si bien dispone de otras tres dependencias en la misma ciudad para su servicio, que no han venido teniendo la consideración interna de centros de trabajo, habiéndose partido de tal consideración por los Sindicatos y empresa intervinientes en el procedimiento sobre materia electoral que determinó el dictado de la sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de Córdoba de 30 de julio de 2013 que se une a las actuaciones y se da aquí por reproducida (f. núm. 959).».

**QUINTO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación ordinaria por el Letrado de la Junta de Andalucía.

El recurso fue impugnado por la representación de la empresa Asistencia Los Ángeles S.L..

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, quien emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, por providencia de 18 de mayo de 2017 se acordó, de conformidad con el art. 197 LO Poder Judicial, suspender el señalamiento inicialmente fijado para el 26 de abril de 2016 y efectuar la deliberación del asunto por el Pleno de la Sala, señalándose para votación y fallo el día 14 de junio, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. La sentencia de instancia aprecia la caducidad de la acción planteada por parte de la autoridad laboral a través de la modalidad procesal del procedimiento de oficio del art. 148 b) LRJS.

Nos encontramos ante el supuesto al que se refiere el art. 47.1 del Estatuto de los trabajadores (ET), en cuyo penúltimo párrafo se permite que la decisión empresarial de suspensión de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción pueda ser impugnada por la autoridad laboral a petición de la entidad gestora de la prestación de desempleo «cuando aquélla pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo».



2. Sostiene la Sala de Sevilla que dicha impugnación de oficio está sometida al plazo de caducidad de 20 días y que, para el cómputo del mismo, ha de partirse de la fecha de emisión del informe de la Inspección de Trabajo (de 17 de julio de 2014). Por ello, habiéndose presentado la demanda el 2 de octubre de 2014, la Sala de instancia declara caducada la acción.

3. Frente a dicha sentencia se alza en casación ordinaria la Junta de Andalucía mediante un único motivo que ampara en el apartado c) del art. 207 LRJS . Denuncia así el recurso la infracción del art. 47.1 ET , en relación con los arts. 138.7 LRJS y 24 de la Constitución (CE) ; y termina suplicando que se case la sentencia recurrida y se ordene la retroacción de las actuaciones al momento anterior para que por la Sala de instancia se dicte nueva sentencia resolviendo sobre el fondo del asunto.

En realidad el recurso está planteando exclusivamente el examen del derecho aplicado en la sentencia, ya que la controversia sobre la concurrencia o no de la caducidad no constituye una materia de las que se mencionan en el apartado c) del art. 207 LRJS . Ni afecta a la forma esencial del juicio, ni incide en la estructura y contenido de la sentencia, ni, en suma, afecta a un acto procesal del órgano judicial. No obstante, si bien con cita del apartado erróneo del mencionado art. 207 LRJS , la parte recurrente lleva a cabo una correcta denuncia de infracción de normas aplicables al caso, aun cuando la consecuencia de la misma fuera la necesidad de devolver las actuaciones al órgano judicial de origen, mas no por nulidad de acto procesal alguno, sino porque el éxito de la petición de rechazo de la excepción de caducidad habrá de provocar que nos encontremos ante una falta de pronunciamiento sobre el resto de las cuestiones suscitadas en el litigio que merecerán una primera respuesta de la instancia.

4. Señala la empresa en su escrito de impugnación que el recurso debería inadmitirse por carecer de base legal. Entiende la parte impugnante que, para poder acudir al cauce del apartado c) del art. 207 LRJS , la recurrente debería haber llevado a cabo alguna de las actuaciones procesales a las que se refiere el art. 210.2 a) LRJS .

Dicha norma procesal establece que «en los motivos basados en infracción de las normas y garantías procesales, deberá consignarse la protesta, solicitud de subsanación o recurso destinados a subsanar la falta o transgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello, y el efecto de indefensión producido».

Ya hemos indicado que, en realidad, el recurso plantea un motivo que se destina a la infracción del Ordenamiento jurídico y, por ello, no se debe regir por el apartado a) del art. 210.2 LRJS . Hemos de añadir que, en todo caso, de tratarse de una infracción procesal que se achacara a la propia sentencia recurrida, el único cauce para su subsanación sería la del presente recurso y, por ello, no cabría entender incumplido el precepto, dada la imposibilidad de denunciar previamente el eventual defecto procesal.

**SEGUNDO.**- 1. Sostiene la parte recurrente que la posibilidad de interponer demanda de oficio en los términos del art. 148 b) LRJS no surge hasta el momento en que la entidad gestora de la prestación de desempleo hubiera informado que la decisión de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de prestaciones por parte de los trabajadores por inexistencia de la causa que motive la situación legal de desempleo.

La solución a la controversia sobre el sometimiento de la autoridad laboral a un plazo de caducidad plantea dos aspectos distintos, que obligan a este órgano judicial - consciente de las dificultades con las que se enfrentan los Tribunales Superiores de Justicia en este materia- a efectuar un análisis lo más transversal posible de nuestro Ordenamiento jurídico, a fin de dotarlo de la coherencia necesaria que permita dar la respuesta a la que nuestra función juzgar obliga.

3. El primero de los problemas es el de determinar si estamos ante una acción sujeta a caducidad, para dilucidar después cuál deba ser el día inicial del cómputo del plazo. Lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico no contiene mención expresa alguna al respecto. Ni se fija tal requisito temporal en el art. 148 b) LRJS , ni lo hacen tampoco las demás reglas para el ejercicio de la acción, que se contienen en el último párrafo del art. 148 y en el art. 149 LRJS .

Tampoco el art. 124 LRJS -respecto del despido colectivo-, ni el art. 138 LRJS -que regula la modalidad procesal sobre suspensión del contrato y reducción de jornada- incluyen referencia a la obligación de la autoridad laboral de accionar en un determinado periodo de tiempo. Ello es particularmente extraño en el caso del primero de tales preceptos que expresamente recoge en su apartado 7 la eventualidad de la demanda de la autoridad laboral y, no obstante, olvida coordinarla como sí se hace respecto a las otras posibilidades de impugnación de la decisión o acuerdo extintivo -así sucede con las acciones individuales y con la llamada acción de "jactancia" del empresario-

Pese a ello, la Sala de instancia acude a estas dos modalidades procesales citadas para entender que, si la impugnación del despido colectivo y la de la suspensión del contrato por parte de los sujetos legitimados están sometidas a plazo de caducidad, también debe estarlo la impugnación por parte de la autoridad laboral.



4. Ciertamente, resulta cuando menos sorprendente que el legislador omita el requisito del plazo para el ejercicio de la acción en unas materias cuyo tratamiento procesal está regido por el principio de celeridad ( art. 124.6 y 138.1 LRJS ). No obstante, cabe entender que la omisión es meramente formal y que, en todo caso, no puede entenderse que la facultad conferida a la autoridad laboral pueda ser ejercitada en cualquier momento, ni siquiera que pueda regirse por el criterio genérico de la prescripción de las acciones de contenido laboral.

Si analizamos la regulación del procedimiento de impugnación del despido colectivo, observamos que las diversas posibilidades de impugnación de la decisión empresarial -con o sin acuerdo- están conectadas entre sí, precisamente en atención al juego de los distintos plazos de caducidad de la acción (de 20 días), de suerte que, para poder coordinar las diversas vías en atención a los distintos sujetos legitimados, bien colectiva, bien individualmente -incluida la demanda de la propia empresa-, se parte de esa regla de caducidad y de la necesidad de precisar los motivos para la suspensión de las demás acciones y el momento en que arranca la posibilidad de acceso a la acción del art. 124 LRJS .

Precisamente, el apartado 7 del art. 124 LRJS dispone que: «Si una vez iniciado el proceso por los representantes de los trabajadores se plantease demanda de oficio de conformidad con lo previsto en el artículo 148.b) de esta Ley , se suspenderá ésta hasta la resolución de aquél. En este supuesto, la autoridad laboral estará legitimada para ser parte en el proceso incoado por los representantes de los trabajadores o por el empresario. La sentencia, una vez firme, tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso de oficio pendiente de resolución».

De ello se colige que el procedimiento de oficio está condicionado al de impugnación del despido colectivo, siendo la sentencia de éste la que produce el efecto de cosa juzgada sobre aquél.

Algo similar cabe decir de la modalidad del art. 138 LRJS , sujeta asimismo a la caducidad de 20 días y susceptible de abordarse con alcance individual o colectivo. Precisamente, por esa necesidad de conexión, se ha aceptado por la doctrina de esta Sala IV del Tribunal Supremo que el plazo sea también aplicable a los conflictos colectivos, que impugnan modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, pese a que no se indica en el art. 160 LRJS ( STS/4ª de 9 diciembre 2013, rec. 85/2013 ).

**TERCERO.-** 1. Sucede, además, que en el caso de la suspensión de contratos o reducción de jornada, el empresario está obligado a seguir el trámite que se indica en los arts. 47.1 ET y 16 y ss. del RD 1483/2012, de 29 de octubre , que aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Ello implica la comunicación a la autoridad laboral del inicio del periodo de consultas, la cual, a su vez, debe dar traslado de la misma a la Entidad gestora de las prestaciones de desempleo y recabar informe de la Inspección de Trabajo. Asimismo, el empresario ha de comunicar a la autoridad laboral la finalización del periodo de consultas y su resultado, en los términos del art. 20.6 del Reglamento, lo cual será igualmente trasladado a la entidad gestora de las prestaciones de desempleo «haciendo constar en todo caso la fecha en la que el empresario le ha remitido dicha comunicación» (art. 20.8).

2. Hemos sostenido que el inicio del plazo de caducidad se produce en el momento en que la empresa comunica la decisión a la representación de los trabajadores ( STS/4ª de 15 septiembre 2014, rec. 290/2013 ); y, a la luz de los preceptos citados, no cabe negar que la autoridad laboral -así como la Entidad gestora de las prestaciones de desempleo- se halla en la misma posición, en cuanto al alcance de la información a su disposición, que dicha representación social.

3. Esa vinculación nos lleva necesariamente a exigir también la misma garantía de seguridad jurídica que surge de la perentoriedad de la impugnación de la decisión, predicable en todo caso. Sostener que la autoridad laboral no está limitada temporalmente para ejercitar la acción del art. 148 b) LRJS supondría poner en riesgo la efectividad de tal seguridad y generaría una incertidumbre para los afectados que no resulta jurídicamente admisible. Por ello, una interpretación sistemática y homogeneizadora del régimen de impugnación de estos procesos colectivos de flexibilidad interna o de despido colectivo nos debe conducir a entender aplicable el mismo plazo de caducidad de 20 días señalado con carácter general para cualquier tipo de acción destinada a contrarrestar este tipo de medidas del empresario (sean unilaterales o adoptadas tras el pacto), sin distinción alguna para el caso de que la impugnación provenga de la autoridad laboral en alguna de las dos facultades conferidas por el citado art. 148 b) LRJS .

Este criterio es análogo al que aplicábamos en la STS/4ª de 12 julio 2004 (rcud. 2756/2003 ), reiterada por las STS/4ª de 21 de octubre de 2004 (rcud. 4567/2003 ) y 25 octubre 2005 (rcud. 3078/2004), en donde se suscitaba la prescripción de la demanda de oficio en relación con el supuesto del apartado d) del art. 148 LRJS (allí, art. 149 LPL ). Sostuvimos entonces que, a falta de norma específica, debía tenerse en cuenta que la demanda de oficio tiene la función de ser el presupuesto de la aplicación de normas sancionadoras, por lo que deben aplicarse los plazos de prescripción y caducidad correspondientes a la conducta que se pretende sancionar.



**CUARTO.-** 1. Sentado lo anterior y afirmado el sometimiento de la parte actora al plazo de caducidad de 20 días para la interposición de la demanda de oficio, la respuesta al recurso pasa por examinar cuál deba de ser el día de inicio del cómputo del plazo de caducidad. El Letrado de la Junta de Andalucía rechaza que haya de partirse de la fecha del informe de la Inspección de Trabajo y postula que se señale como *dies a quo* el de la petición del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) a la autoridad laboral para que inste la demanda de oficio.

2. Las dificultades observadas con anterioridad a la hora de dilucidar si la demanda de oficio estaba sometida al plazo de caducidad se incrementan aquí debido a la ya advertida nula concreción del legislador al respecto.

Partiendo de la sujeción al citado plazo, hemos de entender que el mismo no puede comenzar a correr sino a partir del momento en que quien está facultado para la interposición de la demanda posea los elementos mínimos necesarios que le permitan evaluar la oportunidad y conveniencia de hacerlo. Pero, ciertamente, se da, además, la circunstancia de que la acción no nace aquí de una decisión de la propia autoridad laboral - como es el caso del primero de los dos supuestos del art. 148 b) LRJS, esto es, la apreciación de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la adopción de la medida-, sino del necesario informe previo de la entidad gestora de las prestaciones de desempleo.

Este último supuesto exige que sea la citada entidad gestora la que aprecie previamente que la decisión o medida «pudiera tener por objeto la obtención indebida de prestaciones...». Ello supone la imposibilidad para la autoridad laboral de iniciar el procedimiento de oficio por sí misma, como sí sucede en el caso del primero de los supuestos mencionados.

Además, no puede obviarse el papel que el informe de la Inspección de Trabajo puede desempeñar en la toma de conocimiento de las circunstancias de la conclusión del periodo de consultas y de su resultado. Dicho informe de la Inspección de Trabajo no es el que en este caso permite a la autoridad laboral interponer la demanda, pero sí es el núcleo del que se obtengan los elementos que determinan el posicionamiento del SPEE y éste, a su vez, determina la actuación iniciática procesal para la autoridad laboral. Así se desprende de los arts. 11.4 y 22 del Reglamento donde expresamente se señala que uno de los extremos de dicho informe pueda ser la consideración de que «el acuerdo tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores», lo que se hará constar en el informe «para su valoración por la entidad gestora de las prestaciones por desempleo». Este particularísimo mecanismo de obtención de la información necesaria para el ejercicio de la acción, que pasa por dos requisitos previos -el informe de la Inspección y la petición del SPEE-, sitúa las posibilidades reales de tal ejercicio en el momento en que el SPEE efectúa la petición, pero, a la vez, delimita el momento a partir del cual dicha Entidad Gestora puede poner en marcha el mecanismo de la impugnación ya que su actuación sólo resulta posible tras la emisión del indicado informe de la Inspección.

3. Ahora bien, como hemos afirmado, la salvaguarda de la seguridad jurídica de los afectados debe regir el análisis de la facultad de impugnación del acuerdo o la decisión empresarial y, además, constituye el elemento esencial para la afirmación de que la acción de oficio está sometida también al plazo de caducidad. Por ello, resultaría tal finalidad completamente anulada si, a su vez, no se delimitara el plazo para que la Entidad Gestora reaccione y se permitiera que el cumplimiento de su obligación de efectuar la petición a la autoridad laboral pudiese llevarse a cabo en cualquier momento que considerara oportuno. El respeto escrupuloso de los principios de legalidad y seguridad jurídica garantizados por el art. 9 de la Constitución exige la razonable equiparación de la solución que el legislador atribuye a todas las impugnaciones de las decisiones de carácter colectivo a las que se refiere el art. 148 b) LRJS.

Advertíamos antes de las dificultades provocadas por la incomprensible falta de precisión normativa al respecto y ponemos ahora de relieve la necesidad de que la Sala utilice los mismos mecanismos de hermenéutica para concluir que la totalidad de los instrumentos de impugnación de los acuerdos y decisiones en las materias relacionadas con los arts. 51 y 47 ET precisan del mismo tratamiento en cuanto a este aspecto relacionado con el plazo de caducidad. Por ello, siguiendo la máxima de que el *dies a quo* solo puede fijarse en el momento en que quien ejercita la acción pudo ejercitarla habrá de exigirse también que quien, como en el caso de la Entidad Gestora de desempleo, es el único facultado para excitar ese ejercicio de la acción haga uso de tal facultad dentro de idéntico plazo, contado a partir del momento en que pudo hacerlo. Ello significa que el SPEE disponía de 20 días desde que pudo poner en marcha su potestad de informe, por poseer los elementos necesarios para el conocimiento de la situación de la que extrae su sospecha. En el presente caso, consta que tuvo conocimiento del informe de la Inspección - emitido, a su vez, dentro del plazo reglamentario- y no hay otros datos que permitan suponer que la información relevante pudiera haberse extraído de las comunicaciones previas de la autoridad laboral. Por tanto, es la actuación en plazo del propio SPEE la única que permitía, a su vez, empezar a contar el plazo para la autoridad laboral, pues éste, como ya hemos apuntado, arrancará en el momento en que el SPEE le comunica su informe y petición.



4. Resulta en el presente caso que la Entidad Gestora conoció el informe de la Inspección el 17 de julio de 2016 y, pese a ello, no emitió su solicitud o informe hasta el 12 de septiembre de 2014, habiendo transcurrido con creces el plazo de caducidad, que en este caso se rige por lo dispuesto en el art. 43.4 LRJS . De ahí que, al interponerse la demanda el 2 de octubre de 2014 se había superado ya la facultad de impugnación, pues estamos ante un peculiar supuesto de necesaria coordinación de dos órganos administrativos a los que, si bien nos parece oportuno no aplicar el plazo desde el mismo momento, no puede excluirse de la obligación de actuar dentro del mismo para el ejercicio de sus respectivas potestades.

Es consciente esta Sala de que el ejercicio de la acción en estos casos exige la intervención de dos Administraciones distintas, al haber limitado el legislador la legitimación únicamente de la autoridad laboral - enmarcada, frecuentemente, en la Administración Autonómica- y, a la vez, imponerle a ésta que necesariamente exista un previo informe de la Entidad Gestora - dentro de la Administración Estatal-. Tal difícil y complejo mecanismo pudiera haberse evitado de haber atribuido a esta última la legitimación para accionar en este segundo supuesto del art. 148 b) LRJS , habida cuenta del objeto de la pretensión y de la exclusividad de sus competencias en materia prestacional, en la misma línea que se ha interpretado el apartado a) del art. 148 LRJS respecto de la Tesorería General de la Seguridad Social ( STS/4ª de 1 de marzo de 2017, rcud. 1172/2015 ). La actual dicción del precepto que ahora resulta aplicable no permite atribuir al SPEE dicha legitimación, mas ello no puede justificar que la potestad que sí se le reconoce de incitar a la autoridad laboral -mediante una actividad que, además, no es resolutoria, sino de mero informe-, permanezca ajena a los requisitos de seguridad jurídica de la acción. A dicha potestad y función de informe previo han de aplicarse en todo caso los principios generales de los arts. 3 y 4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (aplicable al caso) y, muy en particular, los que rigen las relaciones entre Administraciones.

4. Procede, en suma, desestimar el recurso de la Junta de Andalucía y confirmar la sentencia de instancia. De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS , no procede la imposición de costas.

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

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido desestimar el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía (Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo) contra la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla ), en autos núm. 33/2014, seguidos a instancias del Delegado Territorial de Córdoba de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía contra Asistencia Los Ángeles S.L., en el que han sido parte los trabajadores de dicha empresa y el Comité de Empresa. En consecuencia confirmamos la sentencia recurrida, no procediendo la imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez Dª Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez Dª Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Dª Rosa Maria Viroles Piñol Dª Maria Lourdes Arastey Sahun D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego D. Jordi Agusti Julia

## VOTO PARTICULAR

**Voto particular que formula la Magistrada de esta Sala IV del Tribunal Supremo, Excm. Sra. Maria Milagros Calvo Ibarlucea a la sentencia dictada en el recurso de casación nº 153/2016.**

El presente voto se dirige a mostrar la discrepancia con la fijación de un plazo de caducidad en orden a establecer el límite temporal en el que la autoridad laboral puede ejercer la acción prevista en los artículos 47 del Estatuto de los Trabajadores y 148-b) de la LJS.

Una elemental sistemática impide retroceder al marco del artículo 138 de la L J S dado que en el mismo existe la mención expresa de la ,demanda de los trabajadores afectados" y en consecuencia a ellos afecta el plazo de caducidad de veinte días que el precepto contempla.

El tenor literal de la norma de aplicación, artículo 148 de la LRJS , nos da una respuesta negativa a la cuestión planteada aunque no de un modo expreso sino por falta absoluta de referencia al instituto de la caducidad y



de la prescripción y ante el silencio de la norma cabe formular el interrogante acerca de la aplicabilidad de la norma que con carácter general regula ambas.

El régimen de la caducidad en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores se concreta en el punto 3, en relación a las acciones por despido o resolución de los contratos temporales y decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica o modificación sustancial de condiciones de trabajo. No se contiene en dicho apartado una cláusula abierta como sucede a propósito de la prescripción: «las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación». La superior restricción que la caducidad supone para el ejercicio de las acciones que por ella puedan estar afectadas justifica el diferente trato dispensado por el legislador.

En consecuencia para las acciones nacidas del contrato de trabajo es el artículo 59 el que, sentando un criterio general para ambas instituciones prescripción y caducidad señala cual deba ser el camino para dilucidar si el silencio de una norma, en este caso el artículo 148 del Estatuto de los Trabajadores, puede ser colmado acudiendo a una interpretación sistemática que desembocando en la vía analógica hallar un parangón nos permita extender su aplicación a la actuación cuestionada. La respuesta deberá ser negativa pues la base sistemática que nos proporciona el citado artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores es de la suficiente contundencia como para no facultar al intérprete la búsqueda de analogía vedada por los claros términos del precepto, y por el principio de prohibición de la analogía extensiva *in malam partem*.

No es factible entender salvada de la restricción a la caducidad la facultad impugnadora de la Administración para incoar el procedimiento que sirva a la declaración de fraude, si atendemos a que no se trata de una acción nacida del contrato de trabajo, como han señalado las SSTs que negaron la posibilidad de prescripción, siendo la demanda de oficio la que sirve para obtener el título con el que iniciar el expediente sancionador.

Nos referimos a las SSTs de 12-7-2004 (Rcud. 2756/2003), 25-10-2004 (Rcud 4567/2003), 25-10-2005 (Rcud 3078/2004) y 13-11-2006 (Rcud. 3331/2005). A dichas resoluciones alude la sentencia en el tercero de sus fundamentos de Derecho, punto 3 cuando, afirma que:

«Este criterio es análogo al que aplicábamos en la STS/4ª de 12 de julio 2004 (rcud. 2756/2003), reiterada por las STS/4ª de 21 de octubre de 2004 (rcud. 4567/2003) y 25 de octubre 2005 (rcud. 3078/2004), en donde se suscitaba la prescripción de la demanda de oficio en relación con el supuesto del apartado d) del art. 148 LRJS (allí art. 149 LPL). Sostuvimos entonces que, a falta de norma específica, debía tenerse en cuenta que la demanda de oficio tiene la función de ser el presupuesto de la aplicación de normas sancionadoras, por lo que deben aplicarse los plazos de prescripción y caducidad correspondientes a la conducta que se pretende sancionar».

Lo que la doctrina de mérito resolvió en la ausencia de plazo de percepción para interponer la demanda de oficio diciendo lo siguiente:

«QUINTO.- La solución al problema planteado lo apunta el propio recurrente en la parte del recurso de interposición dedicada a justificar la contradicción, cuando afirma que "todas las acciones procesales sujetas a prescripción, al margen de las sujetas a plazo de caducidad, derivadas del contrato de trabajo, entendiéndose por tales las que se refieren estrictamente a la relación laboral no a prestaciones de la Seguridad Social, que tienen una dinámica distinta...". Aquí se encuentra la clave para decidir la cuestión planteada; los plazos de prescripción y caducidad a que alude el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores se refieren a las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial, destinando reglas para los distintos supuestos, como el de exigir percepciones económicas, cumplimiento de obligaciones de tracto único, despidos, resoluciones del contrato temporal o impugnación de las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo y se asientan en el derecho laboral, en tanto que la ejercitada en el procedimiento de oficio no se refiere a ninguna de esas cuestiones sino que sirve de presupuesto necesario para la aplicación de normas de la Seguridad Social, en cuyo campo será posible alegar u oponer la prescripción cuando, como consecuencia de la sentencia estimatoria de la demanda de oficio, pueda proseguir su curso el expediente administrativo sancionador, que ha quedado interrumpido con la admisión de la demanda, según el artículo 150.2 de la Ley de Procedimiento Laboral ..... Pero, en cualquier caso, no es este el lugar ni el trámite para alegar al prescripción sino el del expediente administrativo que termine con la imposición de las sanciones a que se refiere el artículo 21 citado.»

En consecuencia no es cierto que la jurisprudencia indicada pretenda extrapolar a la demanda de oficio los plazos de expediente sancionador, ya que declara su inaplicación.

Se convierte en plazo inútil el de prescripción de cuatro años, artículo 26 de la LISOS ya que no podrá incoarse el procedimiento que la ley citada regula, al carecer de título para ello.

No cabe salvar esa carencia mediante proceso de revisión de oficio de los artículos 146 y 147 de la LJS.





El artículo 146 de la LJS contempla los siguientes supuestos para incoar la acción de revisión de oficio.

Cuando alude al resto de supuestos únicamente cabe incluir aquellos en los que el SPEE ha reconocido una prestación en la que se hallan ausentes los requisitos de los artículos 203 a 222 de la LGSS vigente al tiempo de los hechos.

Tampoco cabe entender que la existencia de fraude sería apreciable como inexistencia de la situación de desempleo ya que cuando el legislador ha querido contemplar el fraude en la prestación de desempleo objeto del ejercicio de la acción revisoria lo hace en el artículo 147 a propósito de la suscripción en los cuatro años inmediatamente anteriores a una solicitud por finalización de varios contratos temporales con una misma empresa para que el empresario sea declarado responsable del abono de las prestaciones, en los términos que el precepto define y reduciendo el plazo, de prescripción, a seis meses, siendo de cuatro años el plazo regulado en el artículo 146.

Los procesos a los que se hace referencia en este voto particular no son opcionales para la Administración, ello iría en contra del más elemental principio de economía y eficiencia. Los procesos o son consecuencia unos de otros o se excluyen entre sí al estar orientados a distinta finalidad.

El hecho de haber aceptado la caducidad, pese a su naturaleza distinta de la de prescripción, hace inoperante la jurisprudencia que proscribió ésta. Dado que no nos hallamos ante la caducidad de un expediente análogo al incoado en el ámbito de las prestaciones de Seguridad Social cuya caducidad no impide el posterior ejercicio de la acción en tanto no haya prescrito el derecho, en el caso que nos ocupa, la acción no podrá ser nuevamente ejercitada ya que afecta a su propia esencia.

En su propósito de enmendar el marco normativo la sentencia no solo crea el instituto de la caducidad allí donde no existe y le dota de un plazo sino que avanzando en la labor creativa se inmiscuye en el ámbito administrativo previo a la vía jurisdiccional e impone al SPEE un plazo, también de nueva creación, para que emita su comunicación dirigida a la autoridad laboral acerca de la necesidad de entablar la acción regida por los artículos 47 del Estatuto de los Trabajadores y 148-b) de la LJS, de suerte que también se crea un segundo ámbito artificial con vistas a la fijación del *dies a quo*.

Plazo que llama la atención por su brevedad si tenemos en cuenta el artículo 42 de la LRJAPPA L. 30/92 de 26 de enero y que al SPEE se le comunica el acuerdo el 15-7-2014 y el artículo 20 del Reglamento aprobado por el RD 928/1998 de 14 de mayo que regula los procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de la Seguridad Social.

El impulso creativo a través de la función judicial no debe prescindir de que el legislador goza de una facultad, establecer el régimen de transitoriedad cuando una nueva regulación pueda afectar a situaciones anteriores, facultad de la que el Juez carece, transitoriedad que sirve para paliar las consecuencias de la irrupción de una normativa nueva en un ámbito de confianza y seguridad jurídica de actuación conforme a Derecho, facultad que complementa el principio general de irretroactividad de las normas, salvo las excepciones que el legislador administra.

Cuando la jurisprudencia actúa en los límites de su función no se encuentra limitada por el principio de irretroactividad, pese a que decisiones jurídicas europeas hayan llegado a soluciones distantes de ese principio y sin que el mismo obste a una justificación en el cambio de criterio, pero no es ese el proyecto al que la sentencia dota de autoridad sino a otro bien distinto.

Lo que se produce en definitiva en la resolución es una extralimitación en la que no cabe invocar la analogía, por dos razones, no se trata de interpretar una norma de oscuro significado sino de crear otra al margen de la que existe y tampoco existe la identidad de razón, pues en un caso, ex artículo 138 LJS, estamos ante la regulación de una acción reconocida a los trabajadores que litigan en su propio interés y la acción del artículo 148 b) de la misma Ley rituarial es la atribuida a la autoridad laboral en defensa de un interés público.

Pero aún cuando existiera la llamada identidad de razón, nos hallamos en presencia de una institución restrictiva de derechos, sobre la que pesa el principio de prohibición de la extensión de normas con ese carácter, derivando en el de prohibición de analogía en *malam partem*.

Madrid, a 21 de junio de 2017

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia y voto particular por la Excm. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia de la misma, certifico.