



Roj: **STS 2921/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2921**

Id Cendoj: **28079149912017100037**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **23/06/2017**

Nº de Recurso: **271/2016**

Nº de Resolución: **555/2017**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 23 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación ordinaria interpuesto por la representación letrada de la Fundación Canaria para el Sordo (FUNCASOR), contra la sentencia de fecha 30 de junio de 2016, dictada por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), en los autos nº 23/2015, seguidos a instancia de la Dirección General de Trabajo (Gobierno de Canarias) contra la indicada FUNCASOR y contra D<sup>a</sup> Felicidad, D<sup>a</sup> Lorenza, D<sup>a</sup> Palmira y D<sup>a</sup> Sonsoles, siendo parte el Ministerio Fiscal, sobre procedimiento de oficio.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la Dirección General de Trabajo se interpuso demanda de oficio de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife). En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se deje sin efecto la decisión de la empresa de fecha 14 de agosto de 2013, de suspensión de los contratos de trabajo de cuatro trabajadoras.

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

**TERCERO.-** Con fecha 30 de junio de 2016 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que debemos estimar y estimamos la demanda de Procedimiento de oficio colectivo, interpuesta por DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO, contra Felicidad, Lorenza, Palmira, Sonsoles y FUNDACIÓN CANARIA PARA EL SORDO y dejamos sin efecto la decisión de la empresa de 14 de agosto de 2013 de suspensión de los contratos de trabajo.»

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

«PRIMERO.- La Fundación Canaria para el Sordo se dedica a atender a personas con discapacidad auditiva. Tiene un centro de trabajo en Tenerife y otro en la isla de la Palma y coordina actividades en varios colegios en la provincia de las Palmas de Gran Canaria.

SEGUNDO.- La empresa a fecha 31 de julio de 2013 tenía 21 trabajadores, 15 en Tenerife y 6 en la Palma. (Folio 163 a 168 del expediente).

TERCERO.- En enero de 2013 por la Fundación se tramita expediente de regulación de empleo para la suspensión de los contratos de 15 trabajadores por causas económicas y organizativas. Se solicitaba la suspensión de 6 trabajadores indefinidos no sordos con una duración de 6 meses y a 9 personas sordas



durante tres meses. Por la plantilla se eligió una comisión de tres miembros Apolonia , Coral y Filomena . Se inicia el periodo de consultas el 17 de febrero, se mantuvieron cuatro reuniones y el 30 de enero de 2013 se llega a un acuerdo con los representantes de los trabajadores, suspendiéndose 15 contratos, seis de trabajadores no sordos durante 6 meses y a 9 trabajadores sordos durante 3 meses. (Folio 259 del expediente).

CUARTO.- El 15 de julio de 2013 se celebra una reunión a la que asisten el presidente de Funcasor Cristobal , la Vicepresidenta Pura , la directora de la entidad Sabina el responsable de apoyo a la gestión de recursos humanos, Felipe , la directora de la sede de Funcasor en la Palma María Inés , la secretaria de la Fundación, Beatriz y las trabajadoras Felicidad , Gloria y Sonsoles . Se informaba que la comisión permanente acordó presentar el experimental para el año 2014 lo incrementaba las posibilidades de reincorporación efectiva existiendo un desfase temporal que era preciso resolver y que puesto que la ley no permitía de forma literal la posibilidad de prórroga había que hacer un nuevo proceso especialmente en orden a reducir los posibles perjuicios en la percepción de prestaciones por desempleo. Indicaba que la fecha prevista de resolución sobre el experimental era el 7 de octubre y si era positiva existían opciones reales de incorporación en tanto jugarían con grandes ventajas en la selección de personal que se preveía para la segunda quincena de octubre hasta el 15 de noviembre de 2013, asumiendo que tras la misma se habría de producir un cambio sustancial en las condiciones de trabajo para ajustarlas al nuevo presupuesto. Entendiendo que podían existir circunstancias personales que impidieran asumir las nuevas condiciones de trabajo o que hicieran inviable la continuidad de la suspensión la única opción sería la extinción de la relación laboral. En dicho supuesto las trabajadoras se tendrían que incorporar el 16 de agosto durante al menos 15 días para luego extinguir la relación laboral con la correspondiente indemnización por despido por causas económicas de 20 días por año trabajado. En el caso de optar por la suspensión quedando a la expectativa de los resultados de la experimental las trabajadoras se tendrían que incorporar igualmente el 16 de agosto pasando de nuevo al estatus de empleado, si bien se espera reducir al mínimo el periodo en que permanecieran en tal situación en orden a minimizar los costes para la fundación de forma que podrían entrar de nuevo en suspensión el 19 de agosto, señalando que la intención era alcanzar un acuerdo sobre dicho extremo que permitiera realizar el proceso durante las semanas previas a la conclusión de la suspensión actual de manera que las trabajadoras ni siquiera tenían que incorporarse efectivamente a sus puestos sino que realizarían todos los trámites a nivel de administración y seguridad social. Se informaba que una de ellas se podía incorporar en agosto sin entrar de nuevo en suspensión. Indica que la suspensión costaría más dinero a la fundación que a partir de 15 de octubre ya no habría derecho a la bonificación de cuotas y que las trabajadoras que entraran de nuevo en suspensión empezarían a consumir prestación por desempleo de la que tengan acumulada. Surgieron dudas de las razones por las que había que hacer un nuevo expediente sobre la reincorporación automática sin pasar por un proceso selectivo y sobre el cambio de condiciones laborales al reincorporarse y la posibilidad de participar en futuras selecciones de personal si se opta por la extinción. (Se da por reproducido el contenido del dicha reunión que consta en el folio 86 y 87 de las actuaciones).

El 16 de julio de 2013 por la empresa se remite correo a las trabajadoras en el que se indicaban dos propuestas concretas para que las pudieran incorporar a su proceso de toma de decisiones, la primera la posibilidad de que la Fundación asumiera los costes de formación para mejorar su perfil y la segunda la posibilidad de incorporación el 16 de agosto de 2013 de una preparadora laboral .Reiterando la intención de hacer todo lo posible para evitar las extinciones para lo que se estaban haciendo las cosas de la forma más clara y directa posible único camino para tener futuro, quedando a la espera de su decisión. (Folio 52).

El 19 de julio de 2013 Gloria remitió un correo en el que indicaba que sabiendo que tenía que dar el lunes una respuesta a lo planteado en la reunión de la semana y contestar por la propuesta hecha por correo el martes adjuntaba un documento con algunas dudas que eran necesaria plantear para facilitar todo ese proceso de consulta (Folio 53).

La empresa le contesta el 22 de julio de 2013. (Folio 54).

El 22 de julio Gloria remite correo comunicando su intención de continuar en la prórroga, es decir sumarse al nuevo expediente de suspensión esperando conocer los criterios a pactar así como las condiciones de la propuesta realizada. (Folio 55)

El 23 de julio de 2013 se celebra una reunión entre representantes de la empresa Jobana Do Coito, Gloria y los asesores de CCOO Y CGT (Folio 95).

El 24 de julio de 2013 Gloria envió el currículum actualizado para tratar el tema de la formación. (Folio 55)

El 25 de julio de 2013 la empresa contesta a su consulta acerca de la propuesta recibida. (Folio 56).

El 30 de julio de 2013 la empresa le remite descripción del puesto de trabajo de preparador laboral y el 31 de julio nueva comunicación sobre remisión de documentación. (Folio 315).



El 31 de julio de 20103 Lorena remitió correo preguntando si se sabía algo de los plazos para los tramites del ERE y días para las reuniones y borrador del acuerdo. (Folio 58)

La empresa le contesta el mismo día señalando que ya tenía la carta de renovación del procedimiento del expediente de regulación, y quería que estuvieran firmadas el día 1 para empezar el procedimiento cuanto antes. (Folio 59 ).

QUINTO.- Por carta de 31 de julio entregada por la empresa en dicha fecha a Gloria , Tarsila , Sonsoles , Angelina , a Coro , Flor , Magdalena y a Ramona se ponía en su conocimiento la necesidad de continuar la suspensión en vigor de cuatro contratos de trabajo vinculados a los programas experimentales en materia de empleo durante el periodo de 16 de agosto al 31 de diciembre. Se indicaba que con dicha comunicación quedaba abierto el periodo de consultas de 15 días establecido legalmente, y de conformidad con el artículo 41.2 del ET al no existir representación legal de los trabajadores se les informaba que disponían de cinco días para atribuir su presentación desde la representación de la comunicación a una comisión de un máximo de tres miembros integrada y elegida por trabajadores de la fundación o a una comisión de igual número de componentes designados según su representatividad por los sindicatos más representativos, informándoles que si una vez transcurrido dicho plazo no se hubiera designado comisión alguna ello no impediría la continuidad del procedimiento. (Folios 99 a 100 y 118 a 134 del expediente).

El día 1 de agosto de 2013 se entrega la citada comunicación a Felicidad , Azucena Elena , Irene Milagrosa , Apolonia , Sonia , Adriana , Belinda , Gabriela , Filomena , Olga . (Folio 135 a 162 del expediente).

El 2 de agosto de 2013 la Fundación presenta en la Consejería escrito por el que manifiesta acogerse a procedimiento de regulación de empleo para la suspensión de contratos de 4 trabajadores por no disponer de financiación específica y dificultades económicas. En la memoria se explicaba que se había procedido a una primera suspensión de contratos de 13 personas en enero de 2013, por no contar con líneas específicas de financiación, pero que en junio de 2014 se había convocado por el Servicio Canario de Empleo nuevas subvenciones con probabilidades racionales de que se dieran una nueva subvención en el plazo de cuatro meses, por lo que se continuaran 4 de las trabajadoras que tenían suspendido el contrato (Folios 1 al 3 del expediente).

SEXTO.- El 6 de agosto de 2013 la Fundación envía borrador del documento (pendiente de concretar fechas) de comunicación a las trabajadoras afectadas por la renovación del Ere. (Folio 62).

El 5 de agosto de 2013 Gloria contesta que había cuestiones que aclarar con la asesoría. (Folio 63).

El 6 de agosto de 2013 la empresa le pregunta que cuestiones quería aclarar para preguntar a la asesoría. (Folio 63).

El 7 de agosto de 2013 la empresa remite a Gloria el documento de acuerdo que remite la asesoría necesitando que diera el visto bueno para ir agilizando los trámites. (Folio 65).

El 8 de agosto de 2013 Gloria remite correo contestando en relación a las aportaciones a la comunicación individual. (Folios 66 y 67).

El 9 de agosto de 2013 Gloria contesta que firmó la comunicación y que pensaba que era un acuerdo y no una comunicación. (Folio 68).

El 9 y 11 y 13 de agosto de 2013 se intercambian nuevos correos. (Folios 70 y 71 y 72).

El día 14 de agosto Gloria remite correo indicando que como resultaba de la información que el nuevo expediente no reunía los requisitos exigidos acudiría a la empresa el 16 de agosto. (Folio 74).

El 12 de agosto de 2013 tiene entrada en la Inspección de Trabajo oficio del Servicio de Promoción laboral dando traslado de la comunicación y documentación presentada. (Folio 107).

SÉPTIMO.- La fundación el 8 de agosto de 2013 comunica a Lorenza la continuidad de la suspensión de su contrato desde el día 16 de agosto hasta el 31 de diciembre indicando que el 1 de febrero de 2013 se había formalizado acuerdo de suspensión, en el que se contemplaba que podían ser prorrogados si dichas circunstancias persistían, y que se había iniciado periodo de consultas el 2 de agosto con el fin de instar la continuidad y en la que se daba traslado a los trabajadores de las razones que obligaban a realizar dicha medida. La actora suscribió la carta haciendo constar que no estaba conforme. ( Folio 105).

OCTAVO.- El 8 de agosto de 2013 por el Servicio de Promoción laboral se remite a la fundación oficio en el que se le indicaba que la comunicación no reunía los requisitos y para que fueran subsanadas las deficiencias advertidas en la comunicación solicitando aportación de documentación entre otros como apertura de periodo



de consultas, representantes e información sobre la composición de la comisión negociadora, informe de gestión y cuentas (Folio 102 a 105 del expediente ).

NOVENO.- El 14 de agosto de 2013 tiene entrada en la DGT comunicación de decisión empresarial de suspensión de cuatro contratos de trabajo, ( Felicidad , Gloria , Palmira , Sonsoles ) así como escrito y documentación presentados por la fundación en respuesta al requerimiento de la documentación. (folio 111 a 169 del expediente). En la comunicación empresarial se indica que se ha decidido llevar a cabo la medida entre el 16 de agosto de 2013 y el 31 de diciembre de 2013 (Folio 249 del expediente).

De dicha documentación y comunicación se da traslado por el Servicio de Promoción laboral a la Inspección de trabajo teniendo entrada el 22 de agosto de 2013 (Folio 240 del expediente).

DÉCIMO.- El 30 de agosto de 2013 tiene entrada en la Dirección General de trabajo informe emitido por la Inspección el día 23 de en el que apreciaba indicios de fraude coacción y dolo (Folio 241 y siguientes del expediente).

UNDÉCIMO.- El 6 de septiembre de 2013 se realiza advertencia a Funcasor de las conclusiones emitidas por la inspección, el 6 de septiembre de 2013 se remite al Servicio Público de Empleo Estatal informe emitido por la inspección de trabajo y copia de la advertencia realizada a la empresa. (Folio 249 del expediente). Dicho oficio también se remite a las trabajadoras y al Servicio Público de Empleo Estatal. (Folio 254).

DUODÉCIMO.- El 18 de septiembre de 2013 tiene entrada en el centro directivo escrito del Director del Servicio Público de Empleo Estatal proponiendo la impugnación de la decisión empresarial ante la jurisdicción social con base en el informe emitido por la Inspección.

El 17 de septiembre de 2013 tiene entrada en la Dirección General del Trabajo oficio del Servicio público de empleo comunicando que procedería a revocar los expedientes de prestación por desempleo de las trabajadoras reconocidos de 15 y 16 de agosto al 30 de diciembre de 2013 al ser invalidada la situación legal de desempleo proponiendo la impugnación de la decisión empresarial (folio 261 del expediente).

DÉCIMO TERCERO.- La Fundación el 24 de septiembre de 2013 presenta escrito sobre el informe de la Inspección de Trabajo solicitando que se emitiera nuevo informe por la inspección favorable. De dicho escrito se da traslado a los referidos organismos el 27 de septiembre de 2013 y se solicita informe complementario de la Inspección. (Folio 263 a 284).

DÉCIMO CUARTO.- El 8 de octubre de 2013 tiene entrada informe complementario solicitado a la Inspección el 1 de octubre de 2013 sobre los indicios apreciados por la Inspección que fundamentaran la presentación de la demanda, de dicho informe se dio traslado al Servicio Público de empleo estatal el 10 de octubre de 2013. (Folios 283 a 294).

DÉCIMO QUINTO.- El 23 de octubre de 2013 se remite por el Servicio de Promoción laboral a la Inspección de trabajo documentación presentada por la empresa el 18 de octubre de 2013. ( Folio 313).

DÉCIMO SEXTO.- Por resolución de 4 de noviembre de 2013 se acuerda por la Dirección General de Trabajo ejercitar la acción de oficio del artículo 148.b de la LRJS . (Folios 314 a 321 del expediente). DÉCIMO SÉPTIMO.- El 6 de noviembre de 2013 tiene entrada en el juzgado decano la demanda de oficio (Folio 347 y ss expediente).

DÉCIMO OCTAVO.- Por resolución de 23 de noviembre de 2013 por el Servicio público de empleo estatal se revoca la resolución de fecha 23 de agosto de 2013 y se declara la percepción indebida de prestaciones percibidas por Lorenza correspondiente al periodo de 15 de agosto al 18 de agosto de 2013. (Folio 124 a 125)

DECIMONOVENO.- El 4 de diciembre de 2013 por el Servicio Público de Empleo estatal se dicta resolución denegando la prestación por desempleo a Gloria . (Folio 128).

VIGÉSIMO.- El 5 de diciembre de 2013 la Fundación presenta recurso de alzada contra la resolución de la Dirección General de Trabajo de 4 de noviembre de 2013 (Folio 356-364 del expediente).

VIGÉSIMO PRIMERO.- El 10 de diciembre de 2013 por decreto del juzgado de lo social se admite a trámite la demanda y se convoca a las partes a juicio el 20 de enero de 2015 (Folio del expediente 399 y 400).

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Por Orden de 24 de junio de 2014 se resuelve el recurso de alzada (Folio 399 expediente).

VIGÉSIMO TERCERO.- El 16 de enero de 2015 por la empresa se presentó escrito en el juzgado alegando la falta de competencia. El 1 de abril de 2015 se dicta auto por el juzgado declarando la competencia del juzgado para conocer el proceso. (Folio 404 y 405 del expediente).





VIGÉSIMO CUARTO.- El 15 de septiembre de 2015 se acuerda la suspensión de los autos actos de conciliación y juicio requiriendo a la actora para que manifestara si continuaba las actuaciones. (Folio 408 del expediente)

El 14 de octubre de 2015 se presenta en el juzgado la comunicación de la Dirección General de Trabajo de apreciar la falta de competencia de dicho órgano. (Folio 409 ).

VIGÉSIMO QUINTO.- El 30 de octubre de 2013 la empresa comunica a Lorenza que el 1 de noviembre de 2013 se reanudaba la suspensión de su contrato de trabajo. (Folio 160).

La empresa comunica el despido el 2 de diciembre de 2013 a Felicidad . (Folio 212 a 214).

El 2 de diciembre de 2013 la empresa comunica a Lorenza la finalización de la suspensión temporal y su reincorporación al puesto de trabajo el 3 de diciembre de 2013. (Folio 163).

Lorenza presenta el 5 de diciembre de 2013 demanda en reclamación por despido. (Folio 154 a 159).

La empresa le comunica el 1 de septiembre de 2014 la extinción del contrato de trabajo al amparo de lo establecido en el artículo 52.c y 52.e del ET y presenta demanda por despido el 13 de octubre de 2014. (Folio 173).

El 24 de noviembre de 2015 la trabajadora comunica el desistimiento del procedimiento por despido al haber llegado a un acuerdo con la empresa.

VIGÉSIMO SEXTO.- Por Funcasor se ha contratado el 14 de enero de 2013 a Zaira , Belinda y el 28 de enero de 2013 a Azucena y a Roque el 26 de febrero de 2013. (Informe de la inspección folio 245 y folio 664 del expediente).

El 21 de agosto de 2013 se realiza por la Inspección de Trabajo un control de empleo en el centro de trabajo de la empresa situado en Tegueste, constatando que el administrativo Jose Ramón esta de alta en Laborsord, empresa participada al 100% por Funcasor y que, Laborsord tenía varios Códigos de cuenta de cotización en los que se ha dado de alta a nuevos trabajadores. El 22 de agosto de 2013 se constata por la Inspección de la documentación aportada en la empresa que Lorenza seguía trabajando porque se había autorizado su proyecto.

Por la Inspección de trabajo se constata en informe de 3 de agosto de 2013 que los gastos de personal de Funcasor se reducen de -787706,75 a 760529,75 en 2012 en 17000 euros. Los servicios exteriores de la fundación aumentan de 235856,17 a 243525,25 euros. En la cuenta de servicios profesionales independientes aparece un gasto de -59666,36 euros que aumenta a 81462 euros, gastándose 21796 euros más en la externalización de servicios. El gasto por deudas fue de 958287,57 en 2011 a 911796,95 en 2011. Aumentan las cuotas de los socios y de los patrocinadores, pero disminuyen las amortizaciones. En 2012 en el pasivo corriente aumentan las deudas correspondientes a subvenciones de 4343,39 a 480890,83.

La fundación ha contratado como asesor externo a Felipe . En la Palma se ha contratado a Ramona con contrato 401 con fecha 12 de marzo de 2013 como intérprete de lengua de signos. Laborsord si ha contratado a los siguientes trabajadores: con contratos de duración determinada por obra y servicio y a tiempo parcial de fecha 22 de agosto de 2013: Cesareo , Lourdes , Eugenio , Baltasar Constancio . Se ha contratado con el 1 de agosto de 2013 a Teresa , y Aida . El 30 de julio de 2013 a Gines con contrato de duración de terminada de obra o servicio. El 11 de junio de 2013 a Justiniano . (Informe Inspección de trabajo folios 241 a 245 del expediente).

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- Laborsord se constituye el 5 de junio de 1998, Funcasor es titular del 200% de su capital social. El objeto de la sociedad es la realización de toda clase de actividades relacionadas con hostelería turismo industria del ocio para la creación de empleo destinados a personas con discapacidad (Folio 221 del expediente).»

**QUINTO.-** Contra la referida sentencia se preparó recurso de casación en nombre de FUNCASOR, por el letrado Don Ramón Martínez Burgueño, quien, en escrito de fecha 20 de septiembre de 2016 formalizó el mismo basándose en los siguientes motivos: 1º) Al amparo de lo dispuesto en el art. 207 e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), por infracción de los arts. 138 LRJS y 59 del Estatuto de los trabajadores (ET). 2º) Al amparo del art. 207 d) LRJS, por error en la apreciación de la prueba (folio 1 del Expediente administrativo obrante en autos), por lo que solicita la modificación del hecho probado tercero de la sentencia recurrido. 3º) Al amparo de lo dispuesto en el art. 207 d) LRJS, por error en la apreciación de la prueba (folio 236 del Expediente administrativo obrante en autos), se solicita la adición de un nuevo hecho probado. 4º) Al amparo de lo dispuesto en el art. 207 e) LRJS, por infracción del art. 47 ET y del art. 16.3 del R.D. 1483/2012, de 29 de octubre .



**SEXTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 20 de diciembre de 2016 se procedió a admitir el citado recurso. Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

**SÉPTIMO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 3 de abril de 2017, y dada la complejidad y trascendencia del asunto, se acordó su debate por la Sala en Pleno, señalándose para votación y fallo el 17 de mayo de 2017, volviéndose a señalar para el Pleno del 14 de junio de 2017, fecha en que tuvo lugar.

En dicho acto, la Magistrada Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup> Maria Milagros Calvo Ibarlucea señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia a la Excm. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. La sentencia de instancia estima la demanda de procedimiento de oficio planteada por la autoridad laboral (Gobierno de Canarias) y deja sin efecto la decisión empresarial de suspensión de contratos de trabajo adoptada por la empresa demandada.

Acude la empresa a la casación ordinaria, planteando, como pretensión principal, la excepción de caducidad de la acción, a la que dedica el primero de los motivos de su recurso.

2. Debemos analizar, por tanto, cual debe de ser el plazo para el ejercicio de la acción conferida a la autoridad laboral en el art. 148 b) LRJS . Se trata de una cuestión que hemos abordado en el asunto resuelto por nuestra STS/4<sup>a</sup>/Pleno de 21 de junio de 2017 (rec. 153/2016 ), a cuya doctrina hemos de estar.

3. La duda 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.

4. 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, necesitamos acudir 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 ).

**SEGUNDO.-** 1. En un caso como el presente 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.

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.

**TERCERO.-** 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.

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 que, efectivamente, el SPEE actuó en plazo permitiendo, a su vez, empezar a contar el plazo para la acción de 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 emitió su informe el 18 de septiembre de 2013 y, no obstante, la autoridad laboral no interpone la demanda hasta el 6 de noviembre de 2013, habiendo transcurrido con creces el plazo de caducidad y superándose 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.

5. A lo dicho no cabe oponer la puesta en marcha de nuevas actuaciones de la Inspección, pues los plazos de caducidad deben observarse con rigor y no pueden quedar sometidos a la discrecionalidad de quien está legitimado para el ejercicio de la acción. El primer y preceptivo informe de la Inspección de Trabajo ofreció ya la información pertinente para que el SPEE pusiera en marcha la impugnación y la autoridad laboral conocía, por tanto, el necesario e imprescindible informe de la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo.

5. Procede, en suma, estimar el recurso de la empresa, casar y anula la sentencia recurrida y desestimar la demanda rectora del proceso por caducidad de la acción, lo que hace innecesario el análisis de los motivos del recurso que se planteaban con carácter subsidiario.

6. 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 estimar el recurso de casación interpuesto por la Fundación Canaria para el Sordo (FUNCASOR) contra la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), seguidos a instancia de la Dirección General de Trabajo del Gobierno de Canarias contra la ahora recurrente, Dª Felicidad , Dª Lorenza , Dª Palmira y Dª Sonsoles , en la que también fue parte el Ministerio Fiscal. En consecuencia casamos y anulamos dicha sentencia y, apreciando la excepción de caducidad de la acción, desestimamos la demanda rectora del proceso. Sin costas. Devuélvase el depósito dado para recurrir.

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 María Virolès 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, la Excm. Sra. Dª. Maria Milagros Calvo Ibarlucea a la sentencia dictada en el recurso de casación nº 271/2016.**

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 LJS 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 la 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 revisora 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 rituaria 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 23 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> María 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.