

ERROR O DEFECTOS EN LA IDENTIFICACIÓN DEL EMPRESARIO Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE DESPIDO DISCIPLINARIO

D. JUAN JOSÉ FERNÁNDEZDOMÍNGUEZ

D. JOSÉ GUSTAVO QUIRÓS HIDALGO

I.- INTRODUCCION.

Una simple aproximación al literal de los arts. 59.3 ET y 103.1 LPL permite alcanzar, de partida, dos impresiones capaces de signar de manera indeleble el discurso a continuación acometido: por una parte, que el trabajador dispondrá de un plazo muy breve (veinte días hábiles) para accionar contra el despido de que ha sido objeto¹; por otra, que tal límite temporal viene expresamente configurado como de caducidad, lo cual constituye una excepción (y no siempre ha sido así²) a la regla general en torno al plazo para ejercitar las acciones derivadas del contrato de trabajo, que es la prescripción. Dejando al margen su duración concreta, la opción por la caducidad, en lugar de la prescripción, trae aparejada una doble consecuencia fundamental. En primer lugar, una diferencia ontológica, pues “mientras la prescripción descansa en la necesidad de poner término a la incertidumbre de derecho y en la presunción de abandono por su titular, la caducidad se funda exclusivamente en la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico”³, “normalizar su orden”⁴, que “exige la pronta estabilidad y certidumbre de situaciones jurídicas pendientes de modificación, imponiendo para ello la decadencia de determinados derechos o facultades por el mero transcurso del tiempo”⁵. En segundo término, y desde el plano procesal, la caducidad no es, como la

¹ La acción “más típica (al menos desde un punto de vista estadístico) de cuantas aparecen contempladas en el ordenamiento laboral”, TASCÓN LÓPEZ, R.: “El cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido en la jurisprudencia: antiguos y nuevos problemas”, *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2006, pág. 1130.

² Pasa a ser considerado de caducidad con el cambio de doctrina (sin variar el tenor de la norma) que incorpora la STS 7 enero 1944, cuyo criterio es acogido por el legislador por primera vez, y se mantiene desde entonces, en el art. 82 TRLPL de 26 enero de 1944. Sobre la historia de esta evolución, BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *La caducidad en el Derecho Laboral*, Elcano (Aranzadi), 1997.

³ Según sentaron las SSTs, Civil, 25 septiembre y 22 diciembre 1950, cuya actualidad puede comprobarse, por ejemplo, en SSTSJ Navarra 290 febrero 2000 y 26 enero 2006.

⁴ Sobre un amplio acervo, STS 8 febrero 2010.

⁵ El tenor, luego tantas veces repetido, en SSTs, Civil, 25 junio y 7 octubre 1963 y 3 julio 1967 o SSTs 4 mayo 1984, 21 abril 1986, 22 enero 1987 o 9 febrero y 24 mayo 1988.

prescripción, una mera excepción (aun cuando habitualmente se presente como tal), al poder ser apreciada de oficio por el órgano judicial y actuar como verdadera *defensio*, susceptible de examen y declaración sin invocación de parte⁶.

En el ordenamiento laboral, además, cabrá tomar en consideración otras resultas que dotan de una cierta singularidad a este límite temporal interno del derecho subjetivo: de un lado, y en tanto institución “de orden público”, resulta indisponible tanto para la autonomía individual⁷ (a diferencia de cuanto ocurre en el ordenamiento civil, donde puede ser consecuencia de la voluntad de las partes⁸) como para la colectiva⁹, siendo “irrenunciable” una vez sobrevenida¹⁰; de otro, y si bien de ordinario “la prescripción es susceptible de interrupción por actos del que por ella puede resultar perjudicado, al paso que la caducidad no admite en ningún caso la interrupción del tiempo cuyo simple transcurso la origina”¹¹, menester será dejar noticia de las causas tasadas en que la Ley permite expresamente su suspensión, “afectando de manera notable a la propia subsistencia del derecho, y no sólo a la posibilidad de actuarlo”¹². A saber, y como requisito previo imprescindible para admitir la demanda de despido, la presentación de papeleta de conciliación administrativa (o el procedimiento convencional alternativo) o, en su caso, formulación de reclamación administrativa previa; pero, también, la solicitud de nombramiento de Abogado de oficio y (aunque frecuentemente olvidadas) la suscripción de compromiso arbitral, la estimación de la excepción declinatoria¹³ y --en supuesto no general, sino singular-- el agotamiento de la vía interna cuando se trate de cooperativas de trabajo asociado.

⁶ STSJ Madrid 10 abril 2003.

⁷ STCT 21 enero 1988 o STSJ Aragón 8 febrero 1995.

⁸ Por todos, PUIG BRUTAU, J.: *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, Barcelona (Bosch), 1988, págs. 28 y ss.

⁹ STCo 201/1992, de 19 de noviembre, cuando, asentado tal carácter, afirma rotundamente cómo “no puede haber resquicio alguno a la intervención del poder normativo que ostentan los representantes de los trabajadores”.

¹⁰ Sobre sus consecuencias, ampliamente, GIL Y GIL, J. L.: *La prescripción y caducidad en el contrato de trabajo*, Granada (Comares), 2000, págs. 20 y ss.

¹¹ Conforme sostiene la tantas veces invocada STS, Civil, 5 julio 1957.

¹² STS 22 octubre 1990.

¹³ STS 9 diciembre 2009.

Así concebida, no cabe duda de que la caducidad de esta acción “especial, o *sui generis*”¹⁴, ha sido establecida a favor del empresario (sin ignorar el eventual interés del empleado¹⁵ o --sobre todo-- de terceros, por razón de su incidencia en materia de Seguridad Social y protección de la pérdida de empleo, la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial y la posición de otros acreedores, especialmente en empresas declaradas en concurso, al desaparecer el privilegio de ejecución separada¹⁶), con el fin primordial de salvarlo de la incertidumbre de permanecer expuesto, durante un largo período de tiempo, a la eventual demanda contra su decisión extintiva de la relación laboral, con el consabido riesgo de tener que readmitir al despedido o abonar una importante indemnización¹⁷. Por consiguiente, sobre aquél pesará el deber de demostrarla (según algunos --no para una doctrina jurisdiccional sin fisuras¹⁸-- también de invocarla¹⁹), como garantía última de discusión en el acto de juicio --imprescindible para evitar la indefensión²⁰--, atendiendo a que se trata de una medida restrictiva que enerva la posibilidad de obtener una respuesta a la pretensión formulada; y, en tal sentido, deber ser objeto de una interpretación restrictiva²¹ (al requerir “el máximo rigor en la demostración de que concurren los presupuestos para apreciarla ante la

¹⁴ STS 21 abril 1986.

¹⁵ A situar no sólo en “que así el despedido puede buscar nuevo empleo” [STS 9 abril 1990], sino también en otras pretensiones obvias, como las derivadas de volver a ocupar su puesto de trabajo y obtener la indemnización debida; por extenso, GODINO REYES, M.: “Caducidad del despido”, en AA.VV (GIL y GIL, J. L. y DEL VALLE VILLAR, J. M., Coords.): *El despido disciplinario (Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea)*, Madrid (Cinca), 2009, pág. 312.

¹⁶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “Expediente judicial de regulación de empleo en empresas en situación de concurso (y II)”, en AA.VV (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., Dir.): *Expedientes de regulación de empleo*, Cizur Menor (Civitas/Thomson), 2009, pág. 532.

¹⁷ En pasaje de imborrable recuerdo, ALONSO OLEA, M.: *El despido (Un estudio de la extinción del contrato por voluntad del empresario)*, Madrid (Instituto de Estudios Políticos), 1957, pág. 12.

¹⁸ Baste, por su contundencia, la remisión al ATS 4 marzo 2010 o a la STSJ Castilla-La Mancha 24 octubre 2008.

¹⁹ BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: “Excepciones procesales y subsanación de defectos”, *Relaciones Laborales*, núm. 9, 1995, pág. 17; de lo cual se subsigue que cabe perfectamente la renuncia tácita del beneficiario, AA.VV (GIL Y GIL, J. L., Coord.): *Prescripción y caducidad de las acciones en el proceso laboral*, Madrid (McGraw-Hill), 1990, págs. 3 y 47 y ss.

²⁰ STCo 211/1999, de 29 de noviembre; o SSTs 20 febrero 1991 y 27 julio 1997.

²¹ Tesis repetida hasta la saciedad, pero con una expresión realmente notable en la STS 27 septiembre 1984.

gravedad de sus efectos”²²), incluyendo (dentro de sus límites, sumamente estrictos, pero bajo determinados condicionantes para su efectividad²³) la aplicación del principio *pro operario*²⁴, integrado dentro de la tutela judicial efectiva, al punto de poder llegar, en el extremo, a no estar a sus efectos naturales “cuando, respetando la *ratio legis* de la norma, no se produzca un menoscabo para la regularidad del procedimiento o un daño para la posición de la parte contraria y no se constata una conducta negligente o contumaz”²⁵.

En su operatividad, por tanto, preciso será tener presente la “tensión interna” derivada de la decisión del legislador, sin duda plenamente ajustada a la Constitución, pues a él --y sólo a él-- le corresponde²⁶; y, al lado, “la eventual contradicción con los bienes, valores y derechos que aquélla contiene”²⁷. Cuando deba operar el principio *pro actione* procederá seguir que no caben determinadas interpretaciones y aplicaciones de requisitos establecidos legalmente cuyo fin “elimine y obstaculice injustificadamente el derecho a que un órgano judicial resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida”²⁸; pero, en la práctica, éstas situaciones no serán muchas (“extravagantes”²⁹ o “extraordinarias”³⁰), y el norte nunca podrá venir dado por “la forzosa selección de la

²² STSJ Andalucía/Málaga 3 mayo 2007.

²³ OJEDA AVILÉS, A.: “La asimilación por el ordenamiento laboral de la caducidad de derechos”, *Revista de Política Social*, núm. 95, 1972, pág. 67.

²⁴ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: “La vigencia del principio *pro operario*”, en AA.VV.: *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo (Estudios ofrecidos por los Catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Profesor Manuel Alonso Olea)*, Madrid (MTSS), 1990, pág. 849.

²⁵ STS 23 marzo 1990; o, bajo otro prisma, cuando la apreciación de la caducidad obedezca a “una interpretación de la normativa manifiestamente arbitraria, irrazonable o que incurra en un error patente y de ello derive conculcación de los derechos fundamentales”, STCo 322/1993, de 8 de noviembre.

²⁶ SSTCo 229/1999, de 13 de diciembre y 214/2002, de 11 de noviembre.

²⁷ Aspecto plenamente aquilatado a partir de la STCo 37/1995, de 7 de febrero, reproducido, literalmente, como argumento último en más de un centenar de pronunciamientos del Tribunal Constitucional; en el día a día de los Tribunales conviene remitir, entre más, a la exégesis del conflicto recogida en STSJ Cantabria 25 abril 2007.

²⁸ Tenor que, en cuanto se conoce, aparece en la STCo 8/1998, de 13 de febrero; cadena a la que siguen las SSTCo 38/1998, de 17 de febrero, y 63, 122 y 157/1999, de 26 de abril, 28 junio y 14 septiembre. Su consolidación definitiva en SSTCo 16/2001, de 29 de enero; 58/2002, de 11 de marzo; y 52/2009, de 23 de febrero.

²⁹ STCo 195/1999, de 25 de octubre.

³⁰ ATCo 226/1998, de 26 de octubre.

interpretación más favorable a la admisión o (...) la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles de las normas que la regulan”³¹, pues, al fin y a la postre, el problema descende de nivel y se trata de “cuestiones de legalidad procesal que corresponden a los Tribunales ordinarios”³², quienes son contundentes: “el plazo de caducidad de la acción de despido tiene una conexión directa con un futuro proceso en cuanto que la válida iniciación del mismo depende de [su] cumplimiento”³³.

De unir ambos factores, compleja personificación de empresario³⁴ y breve plazo de caducidad para impugnar la decisión, y añadir que constituye una carga procesal del demandante determinar la legitimación pasiva de la parte demandada (con la secuencia lógica de que, cuando lo haga defectuosamente, sobre él pesarán las consecuencias del equívoco)³⁵, fácil será colegir que un error en la identificación del empleador a la hora de plantear la demanda --cada vez más frecuente-- puede llevar a la caducidad de la acción a pesar de que la *litis* se hubiera trabado, con posterioridad, correctamente³⁶. Similar trascendencia --pero, en su caso, con diversa solución, como se verá-- ofrecen aquellos supuestos en los cuales existan o puedan existir varios demandados por despido, pues en tanto ninguna disposición legal ordena indefectiblemente el llamamiento como parte a los eventuales responsables solidarios (litisconsorcio pasivo voluntario, no necesario)³⁷, al juzgador de instancia no le corresponde controlar en este momento el cumplimiento de todos los presupuestos procesales. Conviene aclarar --y anticipar--, eso sí, cómo los pronunciamientos judiciales suelen delimitarlos deficientemente,

³¹ La serie de pronunciamientos arranca con la STCo 88/1997, de 5 de mayo; en su continuación, por los datos significativos que recoge, STCo 63/1999, de 26 de abril.

³² Según sienta, como pronunciamiento llamado a integrar el sentido de muchos otros, la STCo 207/1998, de 26 de octubre; imprescindible en el recuerdo de un acervo extensísimo la STSJ Madrid 28 diciembre 2006.

³³ SSTs 10 noviembre 2004 y 21 diciembre 2009.

³⁴ Cuando no abierta intención de encubrir al empresario a través de otros interpuestos, STSJ Madrid 10 abril 2003.

³⁵ Sobre la dimensión última de esta carga, STCo 101/1993, de 12 de marzo.

³⁶ STSJ Madrid 1 diciembre 2009.

³⁷ De hecho, y recurriendo a la doctrina civil, “al existir una responsabilidad solidaria de todos los causantes del daño, queda enervada la exigencia del litisconsorcio pasivo, ya que la acción indemnizatoria puede ejercitarse, a voluntad de los perjudicados, contra cualquiera de los responsables solidarios”, SSTs, Civil, 11 junio 1998, 23 abril 1999 o 5 febrero 2000.

apreciando y ofreciendo soluciones a un error que no es sino falta de complitud en la designación del demandado.

II.- EL ERROR EN LA IDENTIFICACIÓN DEL EMPRESARIO. EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 103.2 LPL

Con la intención de atemperar los efectos de la caducidad, y evitar unas consecuencias abiertamente no deseadas, pero firmes en una doctrina jurisdiccional “inflexible” en este punto³⁸, el art. 103.2 LPL contempla (tradición con origen en el art. 95 de la primera LPL de 1958³⁹, luego seguida sin modificación significativa alguna) que “si se promoviese demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiera atribuido la condición de empresario, y se acreditase en el juicio que lo era un tercero, el trabajador podrá promover nueva demanda contra éste, sin que comience el cómputo de caducidad hasta el momento en que conste quién sea el empresario”.

1.- FUNDAMENTO

La finalidad del precepto radica, claramente, en proteger al empleado de su error *in contemplatione domini*, permitiendo “asegurar que el acceso al proceso y la impugnación del despido por parte del trabajador no quedará sin efecto por la dificultad en determinar la persona que ostenta la cualidad de empresario conforme a la multiplicidad de formas y figuras que puede adoptar en la vida real la prestación laboral”⁴⁰, “impidiendo que un mero equívoco en la identificación del empleador pueda conducir a la caducidad de la acción”⁴¹ “en los supuestos en los que, no por desidia del trabajador, sino por circunstancias atribuibles únicamente a los distintos empresarios, aquél se vea obligado a seguir sucesivos litigios”⁴². Recoge, así, un principio de conservación de la acción ejercitada tempestivamente, pero contra persona distinta a su verdadero destinatario (encubierta con claro ánimo defraudatorio a través

³⁸ Constatándolo, BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, 2ª ed., Madrid (Trotta), 1995, pág. 302.

³⁹ Aun cuando el supuesto fue objeto de juicio por primera vez en España en la STS, Sala 5ª, de lo Social, de 1 enero 1939.

⁴⁰ STSJ Cataluña 22 enero 1994.

⁴¹ STSJ Cataluña 26 junio 1996.

⁴² STSJ Baleares 26 enero 1996.

de un tercero interpuesto), por cuanto la provisional indeterminación (*rectius*, incorrecta) no debe perjudicar el derecho a reclamar⁴³, en cuanto cabe leer como una extensión de la protección del trabajador desde la legislación sustantiva a la procesal⁴⁴.

Contempla, atendiendo a su esencia jurídica, “un enfrentamiento entre dos principios legales. De una parte, la naturaleza de orden público de la caducidad, que obliga a apreciarla incluso de oficio; consecuencia es que los plazos para interponer la demanda se suspenden (no se interrumpen) por las causas indicadas expresamente en la Ley y no por otras diferentes. En sentido contrario operan [otros] dos principios: el de la buena fe en el respeto a los actos propios y el de la efectividad de la tutela judicial”⁴⁵. Naturalmente --y en este difícil equilibrio--, siempre respetando cuanto deriva del art. 24 CE, lo cual enerva la posibilidad de condenar a un tercero sin su previa audiencia.

Es, por consiguiente, un precepto “notable”⁴⁶ (aun cuando su operatividad no resulte en modo alguna sencilla, “probablemente por su deficiente redacción”⁴⁷), en cuanto supone una excepción a la inaplicabilidad a los actos procesales de parte --aquí, la demanda-- de la teoría general de los vicios de la voluntad --el error, en esta ocasión-- elaborada sobre todo en el ámbito del Derecho Privado⁴⁸; y, en particular, por el hecho de “conformar la quiebra de la puridad de la caducidad civilista, al introducir decisivamente el término interruptivo en la caducidad laboral”⁴⁹. Todo ello para salvar

⁴³ LORCA NAVARRETE, A.M.; RUIZ JIMÉNEZ, R y ÁLVAREZ SACRISTÁN, I.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Madrid (Dyckinson), 1993, pág. 502.

⁴⁴ STS 29 mayo 1990.

⁴⁵ STS 17 marzo 2003.

⁴⁶ Por las tres fundadas razones que expone MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *El empresario aparente*, Madrid (Civitas), 1992, págs. 68 y 69.

⁴⁷ BLASCO PELLICER, A.: *El régimen procesal del despido*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 38 o RODRÍGUEZ SANTOS, B.; ÁVILA ROMERO, M y CEBRIÁN BADÍA, J.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, T. III, Valladolid (Lex Nova), 1991, pág. 56.

⁴⁸ Aquilatando su dimensión última, MONTERO AROCA, J.: *El proceso laboral*, T. I, 1ª ed., Barcelona (Bosch), 1979, págs. 140 y 141.

⁴⁹ CARMONA POZAS, F.: “Despido: caducidad de acciones”, en AA.VV: *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1983, pág. 370 o SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: “La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo”, *Revista de Política Social*, núm. 85, 1970, pág. 65.

determinadas situaciones “aberrantes”⁵⁰, en principio referidas a las ocasiones en las cuales el demandado inicial no estaba pasivamente legitimado, por no ser el titular del negocio (*error in nomine*⁵¹, sucesiones *mortis causa*⁵², acción ejercitada frente a empresas sin personalidad o inexistentes⁵³ y confusión derivada de la concesión de facultades exclusiva de dirección o apoderamiento a favor de otro⁵⁴, como ejemplos más significativos); no, en cambio, cuando el equívoco quedara referido únicamente a la naturaleza pública o privada del empleador y la confusión versara sobre la vía preprocesal --conciliación o reclamación administrativa previa-- a utilizar⁵⁵. Con todo, “y de forma natural”⁵⁶, acabó extendiéndose no sólo a los supuestos de litisconsorcio pasivo necesario (con la variante --al tratarse de “un consorcio puramente provisional”-- de las dudas judiciales sobre si el empresario verdadero es el demandado o un tercero⁵⁷), donde media un error con trascendencia procesal evidente, sino también al

⁵⁰ Según las calificara y clasificara MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *El empresario aparente*, cit., págs. 72 a 77.

⁵¹ Además del muy ilustrado estudio de CARRASCO SÁIZ, P.: “Incidencia de la designación como demandado en el proceso laboral de un nombre comercial”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 1980, págs. 253 y ss., o de la reflexión de DIAZ GÓMEZ, M^a. A.: “La individualización del empresario social a través de la denominación”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 4, 1995, págs. 99 y ss., son constantes las muestras en las que se confunde a la persona física con la jurídica, o viceversa [STSJ Andalucía/Málaga 3 mayo 2007], o a dos personas jurídicas con denominación social muy similar [máxime cuando media una transmisión de empresas y se mantienen el mismo administrador único y los mismos apoderados, en la gráfica muestra ofrecida por la STSJ Cantabria 25 abril 2007]. Con todo, preciso será diferenciar el supuesto de aquél en el cual se demanda a un nombre comercial cuando consta la denominación social a que responde la empresa [STSJ Cataluña 26 febrero 1993, 22 enero 1994 o 1 junio 1996; Cantabria 30 marzo 1993 y Madrid 9 octubre 1997] o, por el contrario, cuando éste último es utilizado de forma torticera [STSJ Cataluña 16 julio 1999].

⁵² STSJ Castilla y León/Valladolid 30 marzo 2004.

⁵³ SSTSJ Andalucía/Málaga 20 octubre 1990 o Castilla y León/Valladolid 22 septiembre 1992.

⁵⁴ Con los preclaros ejemplos de considerar propietario del negocio a quien actuaba como tal, aun cuando la titularidad correspondiera a otro [SSTSJ Canarias/Las Palmas 26 enero 2001, Castilla y León/Valladolid 11 febrero 2004 o Cataluña 2 febrero 2007]; los organismos autónomos sometidos a tutela [SSTSJ Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 4 diciembre 2006 y 25 octubre 2007]; la búsqueda expresa de ser confundido con otro [STSJ Madrid 20 diciembre 2006]; o, en fin, que quien nombra y cesa (en la relación especial de trabajos penitenciarios) no sea finalmente el legitimado pasivamente [STSJ Castilla y León/Valladolid 23 febrero 1999].

⁵⁵ Entre muchísimas, por su claridad, SSTSJ Castilla y León/Valladolid 28 julio 1993, Comunidad Valenciana 16 diciembre 1997, Andalucía/Sevilla 26 junio 1998, Madrid 25 enero 2005, Cataluña 14 octubre 2005 o País Vasco 17 abril 2007 y Extremadura 31 mayo y 21 junio 2007.

⁵⁶ ALEGRE NUENO, M.: *La impugnación del despido*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007, pág. 209.

⁵⁷ STS 11 diciembre 1987.

voluntario, vinculado a una responsabilidad solidaria (apareciendo de continuo la invocación de este artículo en los múltiples supuestos de transmisiones de empresas y sucesiones de contratas o concesiones administrativas, con lo que supone de desconocimiento de la obligación de informar sobre la subrogación acaecida e, incluso --aun cuando en un primer momento se negó contundentemente su aplicabilidad⁵⁸--, en el contrato de puesta a disposición de una ETT a la empresa usuaria⁵⁹), al echar en falta a alguno de los posibles demandados⁶⁰.

Lejos de considerar los ejemplos mencionados en último lugar como escenario natural para invocar el art. 103.2 LPL, como durante mucho tiempo se ha hecho⁶¹ (y se sigue haciendo⁶²), lo cierto es que cabe apreciar una evidente reacción en los pronunciamientos judiciales diferenciando nítidamente entre el error y la ausencia de identificación de todos los afectados o responsables de la extinción unilateralmente acordada. Trátase, al fin, de un supuesto “especial”⁶³ o “excepción a la operatividad legal”⁶⁴ (así calificado --cuando no de “traslado” del *dies a quo*⁶⁵-- para eludir pronunciarse sobre si realmente es un supuesto de interrupción⁶⁶, un “impedimento *ratione initii* del plazo”⁶⁷, una “prorroga”⁶⁸, una “suspensión legal de carácter

⁵⁸ STS 19 febrero 1998 o STSJ Comunidad de Madrid 19 febrero 1998.

⁵⁹ STSJ Comunidad Valenciana 9 septiembre 2008.

⁶⁰ IGLESIAS CABERO, M., *et alii*: *El proceso laboral. Ley de Procedimiento Laboral comentada*, Madrid (Deusto), 2005, pág. 420.

⁶¹ Excepcional la muestra recogida en MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *El empresario aparente*, cit., págs. 72 a 74.

⁶² BLASCO PELLICER, A.: *El régimen procesal del despido*, cit., págs. 38 y 39 o ALEGRE NUENO, M.: *La impugnación del despido*, cit., págs. 110 y 111, quienes, a pesar de la fecha de sus obras, siguen acudiendo a ejemplos judiciales datados varios años antes, lo cual resulta harto grave cuando la última de las obras es de 2007.

⁶³ STSJ Andalucía/Málaga 3 mayo 2007.

⁶⁴ STSJ Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 29 junio 2007.

⁶⁵ STSJ Extremadura 11 agosto 1997.

⁶⁶ Según han sostenido mayoritariamente, desde le inicio de su funcionamiento, los Tribunales Superiores de Justicia; entre otras, SSTSJ Castilla y León/Valladolid 22 septiembre 1992, Galicia 28 julio 1993 y 10 noviembre 1994, País Vasco 10 diciembre 1996 o Navarra 24 octubre 1998. En la doctrina, SUÁREZ FERNÁNDEZ, F.: “La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo”, cit., págs. 92 y 93.

⁶⁷ OJEDA AVILÉS, A.: “La asimilación por el ordenamiento laboral de la caducidad de acciones”, cit., pág. 65 y STSJ Extremadura 11 agosto 1997.

especial”⁶⁹ o --y parece lo más correcto-- el establecimiento de un nuevo plazo de caducidad⁷⁰) que, en cuanto autentica *exceptio exceptionis* a lo dispuesto en los arts. 59.3 ET y 103.1 LPL, ha de ser objeto de una aplicación estricta⁷¹, motivo por el cual pesará sobre el trabajador la carga de acreditar que verdaderamente desconocía quién era su verdadero empleador y, por tal causa, se equivocó a la hora de plantear la primera demanda⁷². Ahora bien, y en planteamiento igualmente firme en los Tribunales, tal atribución del peso de la prueba encuentra un límite claro: “sobre los trabajadores que de buena fe conciertan sus contratos no debe pesar el oneroso deber de indagar las complejas relaciones negociales internas [que eventualmente pudieran existir], para ellos, en principio, desconocidas y que resultan difíciles de descubrir (...), a riesgo de atentar contra el derecho constitucionalmente reconocido a la tutela judicial”⁷³.

2.- REQUISITOS PARA LA APLICABILIDAD DEL PRECEPTO

Quien más y mejor se ha acercado al estudio de tan delicado tema (y lo hizo en un contexto socio-económico y legal profundamente modificado), aquilató perfectamente

⁶⁸ GIL y GIL, J. L.: “La caducidad de la acción de despido”, en AA.VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, 2ª ed., Madrid (ACARL), 1992, pág. 283.

⁶⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.; MORENO VIDA, Mª. N. y GARCÍA VALVERDE, Mª. D.: “Artículo 103”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L.; MORENO VIDA, Mª. N. y GALLEGU MORALES, A.J., Dirs.): *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, T. I, Granada (Comares), 2001, págs. 676 y 677 o RODRÍGUEZ SANTOS, B.; ÁVILA ROMERO, M y CEBRIÁN BADÍA, J.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, cit., pág. 56; en los Tribunales, STS 17 marzo 2003 y SSTSJ Cataluña 22 enero 1994 y 1 junio 1996, Andalucía/Sevilla 25 marzo 1996 o Castilla y León/Burgos 23 febrero 1999.

⁷⁰ Bajo los convincentes argumentos, firmemente apoyados por distintos pronunciamientos judiciales, elaborados por BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *La caducidad en el Derecho Laboral*, cit., págs. 134 y 135.

⁷¹ Según reiteró y asentó constante doctrina del Tribunal Central de Trabajo [SSTCT 26 abril 1980, 1 marzo 1983, 31 octubre 1984, 27 marzo 1985, 16 y 22 abril y 28 mayo 1986 o 9 diciembre 1987], confirmó el Tribunal Supremo [STS 29 mayo 1990] y se sigue sosteniendo de manera pacífica [sobre el amplio acervo recogido en diferentes épocas, SSTSJ País Vasco 10 diciembre 1996 y Andalucía/Málaga 3 mayo 2007].

⁷² SSTCT 23 septiembre 1981, 14 noviembre 1984, 27 marzo 1985 o 15 enero 1986. Dando cuenta de su persistencia a través del tiempo con abundantes ejemplos obtenidos de los órganos judiciales, ALEGRE NUENO, M.: *La impugnación del despido*, cit., pág. 210, notas 523 a 528.

⁷³ Conforme sentó, sobre el precedente dado por la STS 31 mayo 1988, la fundamental STS 22 diciembre 1989; actualizando una ingente cantidad de pronunciamientos reproduciendo tal literal, STSJ Andalucía/Málaga 3 mayo 2007.

los condicionantes para aplicar el art. 103.2 LPL: una acción de despido que aún no hubiera caducado, auténtico error en la identificación del empresario que no sea imputable al trabajador y que la constatación de este equívoco tenga lugar “en el juicio”. Siempre teniendo presente, en consecuencia, que procede vigilar eventuales maniobras del trabajador a través de su invocación para incrementar salarios de tramitación (limitados a la demanda dirigida contra el verdadero empresario⁷⁴ y estableciendo un concreto *dies ad quem*, el de la sentencia declarando la improcedencia⁷⁵), retrasar el momento del juicio⁷⁶ o limitar los derechos de defensa del demandado⁷⁷.

2.1.- Falta de caducidad de la acción de despido. El *dies a quo* en el cómputo del plazo; en particular, el problema de los despidos tácitos

Como condicionante primero, y más obvio, es preciso que se hubiera promovido una primera demanda de despido contra persona errónea; no, por tanto, cuando el *petitum* donde se descubre la identidad del verdadero empresario venga referido a otra cuestión distinta⁷⁸ (ni siquiera a través de una interpretación amplia y garantista que extienda el precepto a las modalidades procesales del Capítulo II, Título II, Libro II LPL⁷⁹, sobre todo en supuestos tan polémicos como los derivados de la duda sobre la pertinencia de ejercer la acción de reingreso o la de despido tácito⁸⁰). Además, será necesario haber ejercitado aquella pretensión en tiempo, antes de que hubiera

⁷⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Proceso especial de impugnación judicial del despido disciplinario”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Coord.): *Diccionario Procesal Laboral*, Madrid (Civitas), 1996, pág. 465.

⁷⁵ MONTERO AROCA, J., *et alii*: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, T. I, Madrid (Civitas), 1993, pág. 692.

⁷⁶ STS 29 mayo 1990.

⁷⁷ STSJ Navarra 20 noviembre 1995.

⁷⁸ STS 30 junio 1975; en atención a su claridad expositiva, STSJ País Vasco 15 abril 1998.

⁷⁹ SSTSJ Galicia 19 noviembre 1994 y Madrid 9 octubre 1996; entre los autores, VALLE MUÑOZ, F.A.: “La errónea identificación del empresario en los despidos y sus efectos jurídicos”, *Aranzadi Social*, núm. 19, 2010 [BIB 2010/149], págs. 3 y 4.

⁸⁰ STSJ País Vasco 15 abril 1998.

caducado, con lo cual “estará viva la acción”⁸¹; en caso contrario, “equivaldría a dejar el curso del plazo en manos de quien demanda, al cual, siendo consciente de haber transcurrido ya, le bastaría con demandar a un imaginario empleador y, una vez declarado en el juicio quién era el verdadero empresario, conseguir ver renacido el término ya caducado antes”⁸². Todo ello con la intención última de no convertir la medida extraordinaria en algo al arbitrio del actor, insistiéndose especialmente en vedar la consecución de “una finalidad espuria”⁸³, y, por el contrario, contribuir a la normalización del orden jurídico.

Los mayores inconvenientes prácticos en este punto aparecen si a la existencia de un empresario aparente se unen las dudas sobre el momento en el cual debe iniciarse el plazo para aquella primera impugnación del despido, su *dies a quo*⁸⁴. Esto, *a priori*, podría parecer sencillo, por tratarse de un acto volitivo de carácter causal y exteriorizado de forma inequívoca por escrito, que permite conocer a quien lo recibe no sólo los hechos que motivaron la decisión, sino también la fecha en que surtirá efectos (que puede ser un día hábil o inhábil⁸⁵, e incluso hacerla coincidir con la data de los hechos imputados⁸⁶), precisamente para permitirle reaccionar a tiempo en vía procesal [arts. 53.1 a) y 55.1 ET]. Sin embargo, los problemas surgen (y no se solventan con sólo hacer pesar sobre el empresario la carga de la prueba sobre aquél hecho decisivo) en tres supuestos clave. El primero, motivado por la falta de coincidencia entre la fecha indicada en la carta (directamente o de forma que resulta “perfectamente determinable”⁸⁷) y el cese efectivo en la prestación de servicios, presenta dos variantes: de un lado, si este último se produce con posterioridad a la recepción de la comunicación escrita, la data importante será aquélla en que realmente se deja de

⁸¹ STCT 12 noviembre 1965; en la doctrina científica, actualizando precedentes, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Proceso especial de impugnación judicial del despido disciplinario”, cit., pág. 466.

⁸² STCT 2 febrero 1988.

⁸³ SSTCT 24 octubre 1980 o 24 noviembre 1984 y STSJ Andalucía/Málaga 3 mayo 2007.

⁸⁴ Sobre la cuestión, TASCÓN LÓPEZ, R.: “El cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido en la jurisprudencia: antiguos y nuevos problemas”, cit., págs. 1136 y ss.

⁸⁵ STSJ Baleares 29 mayo 2006.

⁸⁶ SSTSJ Canarias/Las Palmas 30 junio 2006, Cataluña 2 mayo 2007, Comunidad Valenciana 24 mayo 2007 o Madrid 28 enero 2008.

⁸⁷ Por todas, la tantas veces rememorada STS 10 julio 1982, o la muy elaborada STSJ Andalucía/Granada 2 mayo 1990.

trabajar⁸⁸ (salvo prolongación de la situación *de facto* sin conocimiento del empleador⁸⁹), a partir de cuanto cabe entender como una conformidad expresa o tácita de ambas partes en aplazar su efectividad⁹⁰, o de una emisión de meros “propósitos”, sin una “certeza absoluta” para el receptor, bajo una ambigüedad que no puede favorecer a quien la provoca⁹¹; de otro, y en la muestra contraria, cuando el empleado recibiera la notificación con posterioridad a la fecha señalada en la misma para la extinción contractual, el plazo para impugnarla deberá ser computado sólo desde el momento en que el interesado tome conocimiento del hecho, “pues en estos casos no ha de estarse a la teoría de la emisión, sino a la de la recepción”⁹², en tanto el literal “tendrá efectos” incorpora un verbo conjugado en futuro⁹³.

La complejidad adquiere un fondo superior de unir al desajuste apuntado la extinción de hecho antes de la recepción de la notificación del despido, pero coincidente con el momento fijado en la carta. Bien cabría seguir aquí, también, la prioridad del carácter recepticio del acto de despido⁹⁴, pero ello conllevaría ignorar la aplicación de la caducidad a aquél informal; por consiguiente, si el empleado pudo haber sido consciente de la decisión empresarial desde la fecha que figura en el escrito como data de efectos, ésta será la verdaderamente determinante⁹⁵.

El segundo resulta de una especie cualificada de despido informal, cual es el realizado verbalmente, “sin poner los medios legales adecuados a la finalidad

⁸⁸ Pues “el despido y la subsistencia del vínculo son términos antagónicos y situaciones incompatibles”, STCT 6 octubre 1976.

⁸⁹ Sobre la base sentada firmemente por la STS 25 noviembre 1965, cabe remitir a las STS 13 junio 2000 y STSJ Castilla y León/Burgos 24 mayo 2007.

⁹⁰ Incluso aun cuando quepa apreciar “una evidente actuación contra los propios actos del empresario”, STSJ Cataluña 16 marzo 2006.

⁹¹ STSJ Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 12 julio 1991, Madrid 4 julio 2006, Galicia 11 diciembre 2006 o País Vasco 15 mayo 2007.

⁹² SSTs 7 junio 1966, 2 febrero 1987 y 30 enero y 13 abril 1989; haciéndose eco de su doctrina, más recientes, SSTSJ Cataluña 11 julio y 16 octubre 2006, Castilla y León/Valladolid 26 noviembre 2006 o Cataluña 3 abril 2006.

⁹³ STSJ Cataluña 8 agosto 2007.

⁹⁴ GIL Y GIL, J.L.: *La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo*, Granada (Comares), 2000, pág. 153 o STSJ Andalucía/Málaga 2 septiembre 1992.

⁹⁵ STSJ Comunidad Valenciana 24 mayo 2007.

perseguida”⁹⁶, lo que no enerva su validez como acto jurídico⁹⁷, aun cuando lleve a su consideración como improcedente, en tanto la decisión del legislador --a partir sólo de la Ley 11/1994, y en criterio aplicable en la actualidad también al despido objetivo en virtud de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre⁹⁸ -- hace que los requisitos formales de la comunicación influyan más en la calificación judicial del acto extintivo (improcedencia) que en su propia existencia (anterior nulidad)⁹⁹. En este supuesto, la cuestión procesal de enjundia --por cuanto ahora interesa-- queda situada en el reparto del *onus probandi*, pues mientras al trabajador corresponderá acreditar el hecho mismo del despido (cuestión no siempre sencilla --pero sin alcanzar el grado de *probatio diabolica*¹⁰⁰--), y que muchas veces exigirá acudir a métodos indirectos¹⁰¹), al empresario queda atribuido hacer lo propio, cuando quiera hacer valer la caducidad (“habida cuenta de que se coloca en posición de *fit actor*”¹⁰²), respecto a la fecha más lejana en la que, bajo su criterio, tuvo lugar la extinción de la relación¹⁰³.

El tercero afecta al denominado despido tácito, aún más informal que el anterior (y, por eso, “examinado con recelo por la jurisprudencia”¹⁰⁴), en tanto proviene de conductas reveladoras de una clara intención empresarial de resolver el vínculo laboral al margen de la regulación legal¹⁰⁵. *Facta concludentia*; esos cada vez más numerosos

⁹⁶ STS 23 mayo 1990.

⁹⁷ STS 18 diciembre 2000 y STSJ Cataluña 3 abril 2006.

⁹⁸ Ratificando lo previsto por el RD Ley 10/2010, de 16 de junio, y dando solución a un desigual tratamiento que había sido largamente criticado; sobre la cuestión, MARTÍN JIMÉNEZ, R. y ALZAGA RUIZ, I.: “Despido por causas objetivas y expedientes de regulación de empleo”, en A.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., Coord.): *La Reforma Laboral de 2010*, Cizur Menor (Aranzadi-Thomson), 2010, págs.. 394 y ss.

⁹⁹ CASAS BAAMONDE, M.E.: “Irregularidad formal, fraude de ley y nulidad del despido disciplinario”, *Actualidad Laboral*, núm. 24, 1994, págs. 3 y ss.

¹⁰⁰ MARÍN CORREA, J. M.: “La prueba de la existencia de despido verbal”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2002, pág. 601; en los Tribunales, destacables las SSTSJ Madrid 18 diciembre 2000 y Extremadura 24 julio 2006.

¹⁰¹ Ejemplar, a este respecto, la STSJ Madrid 28 febrero 2007.

¹⁰² SSTSJ Extremadura 24 julio 2006 o Andalucía/Granada 7 febrero 2007.

¹⁰³ STSJ Castilla-La Mancha 2 febrero 2006 y Canarias/Las Palmas 12 diciembre 2006.

¹⁰⁴ STS 4 diciembre 1989; significando la necesidad de observarlo “con recelo y restrictivamente”, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El despido tácito y su impugnación”, *Revista de Política Social*, núm. 129, 1981, págs. 281 y ss.

¹⁰⁵ STSJ Canarias/Las Palmas 20 febrero 2006.

hechos “firmes”, “tangibles” e “inequívocos”¹⁰⁶ que sumen al contrato en un estado de indefinición y ambigüedad en el que no puede permanecer *sine die*, pues, de lo contrario, “se llegaría a la paradoja de que quién ha sido cesado, y no recibe el salario estipulado, jamás podría accionar por despido”¹⁰⁷. En consecuencia, por seguridad jurídica, y para superar la incertidumbre creada por la conducta empresarial, preciso será recuperar un marco de estabilidad en la relación trabada, aun cuando sólo sea para ponerle fin, “salvando la manifiesta indefensión de quien se muestra abiertamente en el caso como parte más débil”¹⁰⁸; para ello, procederá acudir al mismo criterio de reparto de la carga de la prueba adoptado en el despido verbal, pero atendiendo a las particularidades del supuesto en concreto¹⁰⁹.

En su expresión más típica, el incumplimiento empresarial de las obligaciones fundamentales de proporcionar ocupación efectiva y retribuir (a la cual pueden equipararse el cierre o abandono de la empresa desapareciendo de hecho¹¹⁰ e incumpliendo, como añadido, las obligaciones en materia de Seguridad Social¹¹¹ u otras esenciales de carácter sindical o administrativo, como la de celebrar consultas con los representantes de los trabajadores o instar el pertinente expediente de regulación de empleo¹¹²), la tarea para el trabajador es ardua, en tanto habrá de discernir entre un verdadero despido y meros incumplimientos contractuales, que únicamente le

¹⁰⁶ Tres adjetivos que continuamente se invocan para destacar su existencia, conforme muestran, entre muchísimas más, las SSTS 20 febrero 1991, 22 septiembre 1995, 14 abril 2000, 1 junio 2004 o 23 marzo 2005. Su definición, creando una doctrina jurisdiccional luego tantas veces reproducida en todos o algunos de sus pasajes, en STS 16 noviembre 1998.

¹⁰⁷ SSTSJ Galicia 7 marzo 1993 y Castilla y León/Valladolid 17 diciembre 2008.

¹⁰⁸ STS 29 marzo 1984.

¹⁰⁹ CABEZA PEREIRO, J.: “El despido tácito”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 64, 1994, págs. 297 y ss.

¹¹⁰ Los ejemplos aumentan exponencialmente en épocas de crisis económica, según cabe comprobar, *verbi gratia*, en STS 1 junio 2004 o SSTSJ Castilla y León/Valladolid 21 marzo 2006 y 17 diciembre 2008, Comunidad Valenciana 28 marzo 2006, Canarias/Las Palmas 2 junio 2006, Cataluña 12 junio 2006 y 24 mayo 2007, Madrid 6 noviembre 2006 o Baleares 24 mayo 2007. Los datos estadísticos en LÓPEZ AHUMADA, J.E.: “La proyección del carácter recepticio del despido sobre los despidos tácitos”, en AA.VV.: *El despido disciplinario (Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea)*, Madrid (Cinca), 2009, pág. 235.

¹¹¹ Que por sí mismas pueden ser constitutivas de un despido tácito, SSTSJ Galicia 17 febrero 2006, Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 17 abril 2006, Canarias/Las Palmas 30 junio 2006, Cataluña 6 julio 2006 o Madrid 2 octubre 2007.

¹¹² O no incluir en el mismo a quien debiera ser considerado trabajador de la empresa, según muestra FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *Expedientes de regulación de empleo*, Madrid (Trotta), 1993, págs. 33 a 39.

permitirán exigir la satisfacción de lo inobservado, pero no ejercitar la acción de despido; a la par, no podrá permanecer inactivo, bajo el riesgo de que el empleador contraargumente en un futuro con la caducidad estudiada o, incluso, con la existencia de abandono o dimisión tácita.

Cuando la gravedad de aquellos incumplimientos sea manifiesta (al punto de poder apreciar la aplicabilidad del art. 50 ET, incluso en situaciones de concurso¹¹³), ninguna duda cabe sobre la oportunidad de acumular las dos pretensiones¹¹⁴, aunque la hermenéutica del precepto no sea sencilla, especialmente a la hora de encontrar reglas dogmáticas destinadas a fijar un criterio sobre cuál de ambas ha de obtener primera respuesta¹¹⁵. De no ser así, y para evitar que el “tácito contra tácito” (despido frente a abandono, en “contraargumento casi lógico”¹¹⁶) provoque situaciones abiertamente injustas, menester será traducir la desigual posición de las partes en la relación individual en unos concretos efectos procesales; aquí, exigiendo que sea el empleador quien demuestre el desistimiento, bastando al trabajador con aportar indicios del despido. Y ello no sólo en atención al principio de facilidad probatoria, sino también a que el cumplimiento de las obligaciones de buena fe debe llevar a requerir al empresario la pertinente reacción previa frente a las ausencias injustificadas del trabajador¹¹⁷, por cuanto, en otro caso, y dado su carácter excepcional, también --y más-- el abandono debe ser interpretado restrictivamente¹¹⁸.

En otros supuestos más singulares la cuestión analizada entra en necesario contacto con el régimen sustantivo y procesal de distintas instituciones del ordenamiento social, en algunas ocasiones para confirmar que la negativa a la reincorporación tras un periodo de suspensión cuando aquélla resulta obligada

¹¹³ Comprendidos los supuestos en los cuales está en curso un expediente de regulación de empleo, “que no admiten excepción de litispendencia” alguna en un proceso judicial, según mantiene la STSJ Comunidad Valenciana 9 mayo 2002.

¹¹⁴ GARCÍA MURCIA, J.: *Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato por voluntad del trabajador*, Madrid (Civitas), 1991.

¹¹⁵ STS 23 diciembre 1996 o STSJ Andalucía/Sevilla 9 junio 2005.

¹¹⁶ STSJ Andalucía/Málaga 19 noviembre 2000.

¹¹⁷ STS 28 febrero 2000 o SSTSJ Extremadura 22 noviembre 2001 y Comunidad Valenciana 23 marzo 2005.

¹¹⁸ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *La terminación del contrato por voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, Mallorca (Universidad de Palma de Mallorca), 1983.

(excedencia forzosa --incluyendo, con sus matices, la excedencia por cuidado de hijos y familiares-- y finalización de incapacidad temporal --a la cual cabe equiparar la declaración de aptitud tras revisión por mejoría del incapaz permanente total--¹¹⁹), constituye un claro ejemplo de despido tácito; en otros, para aludir a una subrogación desconocida por simples circunstancias de hecho (en las transmisiones de empresas¹²⁰, incluido el denominado “efecto Lázaro” de resurrección de acciones de despido caducadas cuando fueron efectuadas en fraude de ley para prescindir de los empleados¹²¹), o incumplimiento de las obligaciones de información (legales --en las concesiones administrativas-- o convencionales --sucesión de contratos--) entre empresarios, o de éstos respecto de los representantes de los trabajadores o los propios empleados a partir del art. 42 ET en relación con el art. 44 ET¹²²; en fin, y en una tipología abierta, a las variantes en las cuales la reincorporación aparece legalmente sometida a condición, como la falta de llamamiento del trabajador fijo discontinuo de temporada incierta al inicio de cada campaña cuando fuere menester, y por su orden¹²³, o la no reintegración del excedente voluntario existiendo vacante de igual o similar categoría¹²⁴.

Precisamente ante estas últimas eventualidades, dos son las vías impugnatorias contra la postergación reseñada, “las cuales no son optativas o de libre elección, por ser

¹¹⁹ STS 29 marzo 2001 o SSTSJ Madrid 3 abril 2006 y 18 febrero 2008, Asturias 5 mayo 2006, Cataluña 13 diciembre 2006 o Comunidad Valenciana 5 febrero 2008.

¹²⁰ STS 27 noviembre 1989 o SSTSJ Galicia 23 diciembre 1992 y 13 febrero 1993, Extremadura 5 noviembre 1996, Cantabria 22 octubre 1998, Castilla y León/Valladolid 17 noviembre 2004, Cataluña 27 marzo 2007, País Vasco 2 julio 2007 o Madrid 11 febrero 2008.

¹²¹ Así bautizado por STSJ País Vasco 25 junio 2003, en un fenómeno imparable de “adelgazar” las plantillas antes de la transmisión; muy ilustrativas las SSTSJ --dos-- Extremadura 8 noviembre 2008.

¹²² Un amplísimo y actualizado elenco de pronunciamientos en FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *La sucesión de empresas en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, Sevilla (IAAP), 2008, págs. 160 a 165 y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Responsabilidades de régimen laboral de la Administración en las concesiones de obra pública*, Gijón (Trea), 2007, págs. 35 y ss.

¹²³ STS 6 febrero 1995 o SSTSJ Cataluña 18 mayo 1993, Baleares 13 septiembre 1993, Murcia 24 abril 1997, Cantabria 24 abril 2006 y 27 agosto 2008 o Andalucía/Granada 9 mayo 2007.

¹²⁴ Extenso el elenco de pronunciamientos que recogen, en este sentido, las SSTSJ Comunidad Valenciana 9 marzo 2007 o Andalucía/Sevilla 15 agosto 2007.

obligado utilizarlas en cada caso procedente”¹²⁵: la de despido si la desatención manifiesta en términos inequívocos (aun cuando tácitamente) una voluntad extintiva, y la del proceso ordinario cuando aquélla sólo denote la falta reconocimiento del eventual derecho al ingreso. Y equivocarse en el ejercicio de una u otra puede tener graves consecuencias procesales; entre otras, la caducidad de la acción ahora analizada¹²⁶. Ante tal circunstancia, y dada la falta de un norte legal firme (y la acumulación de acciones parece vía óptima, aun cuando el legislador no lo haya estimado así), sólo cabe actuar conforme recomienda algún pronunciamiento judicial (que constituye práctica habitual en el foro), aun reconociendo su imperfección técnica: plantear una demanda por despido y otra por desconocer el derecho al reingreso, a sabiendas --claro está-- de que una de ellas va a ser desestimada¹²⁷.

2.2.- Error inimputable al demandante en la designación del demandado

Como condicionante nuclear es necesario que medie un error excusable o no imputable al actor en la identificación del inicialmente demandado, por cuanto aquél “sólo puede promover nueva demanda cuando demuestre que carecía de elementos para conocer quién era el empresario cuando formuló la demanda”¹²⁸, habida cuenta de que “no puede transformarse la referida causa excepcional de suspensión de efectos de la caducidad en instrumento de subsanación de errores materiales”¹²⁹, y mucho menos, con carácter general, en una vía “para ver renacido el inicio del cómputo del plazo de la acción (...), pues el precepto no debe amparar al que demanda por despido contra persona que no presenta circunstancia alguna que pueda inducir a confusión. El derecho termina donde el abuso comienza”¹³⁰. Cuando los Tribunales se acercan a este requisito --y deben hacerlo con gran frecuencia-- exigen que el error sea invencible¹³¹ o, por lo

¹²⁵ STS 30 junio 2000 y STSJ Comunidad Valenciana 9 mayo 2006.

¹²⁶ STS 21 diciembre 2000 o SSTSJ Madrid 13 julio y 6 noviembre 2006.

¹²⁷ STSJ País Vasco 16 enero 2007.

¹²⁸ SSTSJ Cataluña 22 enero 1994 y 1 junio 1996.

¹²⁹ STSJ Cataluña 26 junio 1996.

¹³⁰ Con firme apoyo de doctrina jurisdiccional, MONEREO PÉREZ, J. L.; MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 103”, cit., pág. 677.

¹³¹ STS 12 marzo 1985.

menos, presente una entidad suficiente como para confundir a cualquier persona diligente¹³² o ciudadano medio¹³³ (motivo bastante para descartar los puramente materiales¹³⁴; en consecuencia, inexcusables¹³⁵). Atendiendo a tal condicionante lo consideran inexistente, por supuesto, cuando el demandado inicial acaba reconociéndose como el único sujeto pasivamente legitimado en el pleito promovido, pues “es claro que no existía el desconocimiento que pudiera justificar el error”¹³⁶, y “en modo alguno puede hablarse de que se haya atribuido la cualidad de empresario a una tercera persona”¹³⁷; sin embargo, las dudas surgen cuando proviene de no haber demandado a todos aquéllos a quienes corresponda asumir dicha responsabilidad, es decir, si media un error “parcial” y no total, que los Tribunales en un primer momento incluyeron en el art. 103.2 LPL¹³⁸, pero hoy lo deniegan al sopesar --según ha quedado anticipado y se desarrollará convenientemente-- que el precepto únicamente contempla el beneficio para formular una nueva demanda cuando fuera necesario en sentido estricto, por no existir otras vías solutorias que permitieran subsanar cuanto dista de constituir falta de legitimación y conforma un simple defecto de la misma, que únicamente debe ser apreciado cuando no queda otra vía adecuada para proporcionar oportuno remedio.

En cuanto hace a su carácter inimputable, es necesario que el trabajador acredite (pues a él le corresponde¹³⁹), obviamente, que no existe dolo en la defectuosa designación del demandado, para intentar limitar los derechos de defensa de éste¹⁴⁰, o con el deliberado propósito de retrasar el momento del juicio; pero que, además de no concurrir tales comportamientos maliciosos, tampoco medie una patente negligencia (lo

¹³² SSTSJ País Vasco 10 diciembre 1996, Galicia 24 septiembre 2001 o Canarias/Las Palmas 12 mayo 2006.

¹³³ STS 12 marzo 1985.

¹³⁴ SSTSJ Cataluña 26 junio 1996, 25 abril 1997, 18 abril 2007 y Andalucía/Sevilla 9 julio 2007.

¹³⁵ SSTSJ Andalucía/Málaga 29 octubre 1990, Cataluña 16 julio 1992 y 2 febrero 2007 o Madrid 23 octubre 2006.

¹³⁶ Para un supuesto hartó frecuente, la conclusión firme de la STCT 13 mayo 1986; también STSJ Galicia 24 septiembre 2007.

¹³⁷ Según sentara ya la tantas veces recordada STCT 21 noviembre 1986.

¹³⁸ Contundente el ejemplar pronunciamiento contenido en la veterana STS 17 noviembre 1968.

¹³⁹ STCT 2 abril 1986 o, por su firmeza, SSTSJ Madrid 9 octubre 1996, País Vasco 10 diciembre 1996.

¹⁴⁰ Sirva el ejemplo ofrecido por las SSTS Navarra 20 noviembre 1994 o Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 17 febrero 1997.

cual supone “una adecuada actividad investigadora”, al menos cuando se concurra representado por quien acredita suficiente conocimiento del Derecho¹⁴¹, consistente en actos tan habituales como instar la documentación oportuna en el Registro Mercantil o, en el juicio, examinar el ramo de prueba¹⁴²⁾¹⁴³, impericia¹⁴⁴ o descuido¹⁴⁵ (falta de profesionalidad cuando actúa un Letrado¹⁴⁶) respecto de cuanto constituye “un deber elemental de quien pretende demandar”¹⁴⁷, llamado a actuar con el necesario celo (que no uno exquisito, capaz de, si exigido, poder vulnerar la tutela judicial efectiva¹⁴⁸) a partir de cuanto requiere el art. 76.1 LPL¹⁴⁹. Así, han sido considerados excusables los errores consistentes, entre tantos otros, en demandar a una empresa a través de sus siglas¹⁵⁰, al administrador de la sociedad en lugar de a ésta¹⁵¹, a una persona física jubilada o fallecida poco antes del despido¹⁵², a quien mantiene las señas de identidad del empleador anterior¹⁵³ o cometer un desliz en el nombre del empresario siendo correctas las restantes menciones sobre su identidad¹⁵⁴.

En el esfuerzo por descender de las reglas generales a los supuestos concretos, un proceder casi cartesiano ofrecería un cuadro en el cual (partiendo de la existencia de una presunción *iuris et de iure* de que no media negligencia alguna del empleado cuando

¹⁴¹ STSJ Cataluña 27 abril 1998.

¹⁴² SSTSJ Cataluña 26 junio 1996 o Asturias 18 abril 1997.

¹⁴³ SSTSJ Galicia 24 septiembre 2001 y Comunidad Valenciana 17 octubre 2006.

¹⁴⁴ STSJ Cataluña 18 abril 2007.

¹⁴⁵ STSJ Canarias/Las Palmas 12 mayo 2006.

¹⁴⁶ SSTSJ Galicia 23 diciembre 2003, Madrid 7 junio 2004 o Cataluña 4 octubre 2005.

¹⁴⁷ SSTSJ Asturias 18 abril 1997 o Cataluña 5 enero 2001.

¹⁴⁸ STS 22 diciembre 1984.

¹⁴⁹ STS 27 marzo 1985.

¹⁵⁰ STSJ Navarra 30 junio 1995.

¹⁵¹ STSJ Galicia 21 enero 1992.

¹⁵² STSJ Castilla y León/Valladolid 30 marzo 2004.

¹⁵³ STSJ Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 17 febrero 1997.

¹⁵⁴ STSJ Cataluña 16 julio 1999.

el juzgador en la instancia incurrió en igual equívoco¹⁵⁵), tres factores deben ser los ponderados con carácter fundamental. En primer término, sopesar si el trabajador dispuso en algún momento (y no sólo desde el principio) antes de la celebración del juicio de suficientes elementos para saber la identidad del verdadero autor del despido. A tal efecto resultará fundamental que “le pudiera constar documentalmente el empresario real”¹⁵⁶ (y también a través de otras vías manifiestas, como pueden ser rótulo en la obra de la empresa no demandada¹⁵⁷ o --en elenco atento a las variables circunstancias-- el nombre social que figura en los vehículos que conduce¹⁵⁸), comprobando, ante todo, quién firma la carta de despido¹⁵⁹ (o lo efectúa de manera verbal¹⁶⁰), pues si coincidiera con el llamado a ser demandado, no cabrá aducir falta de conocimiento de su empleador¹⁶¹; pero también otros documentos a partir de los cuales podría, sin mayor esfuerzo (o con una diligencia o “actividad investigadora” bastante sencilla¹⁶²), identificar a su empresario, porque “razonablemente le ha podido constar”¹⁶³ si aparecía, por ejemplo, en las copias de los contratos¹⁶⁴, o de sus prórrogas¹⁶⁵, en certificados de antigüedad¹⁶⁶, en nóminas o recibos de salarios¹⁶⁷, en los

¹⁵⁵ Según sentaron, en su momento (y de forma tácita viene a ser comúnmente admitido), las SSTCT 19 octubre y 11 diciembre 1984.

¹⁵⁶ SSTSJ Cataluña 25 abril 1997 y 18 abril 2007, Galicia 23 diciembre 2003 o Andalucía/Sevilla 9 julio 2007.

¹⁵⁷ Así, ya, STCT 19 noviembre 1983.

¹⁵⁸ STSJ Galicia 24 septiembre 2001.

¹⁵⁹ STSJ Cataluña 1 junio 1996.

¹⁶⁰ STSJ Galicia 4 septiembre 2001.

¹⁶¹ STSJ Andalucía/Málaga 4 junio 1999.

¹⁶² SSTSJ Cataluña 27 abril 1998 y Madrid 7 junio 2004.

¹⁶³ SSTSJ Madrid 19 febrero 1998, 10 abril 2003 o 7 junio 2004; Galicia 24 septiembre 2001; o Cataluña 4 octubre 2005. En un ejemplo muy claro, cuando en los contratos, en las nóminas, en el informe de la vida laboral e, incluso, quien firma la carta de despido es otro distinto a aquél frente a quien se formula la demanda, SSTSJ Cataluña 18 abril 2007 y Andalucía/Sevilla 9 julio 2007.

¹⁶⁴ SSTSJ Galicia 21 enero 1992 o Madrid 19 febrero 1998.

¹⁶⁵ STSJ Castilla y León/Valladolid 22 septiembre 1992.

¹⁶⁶ STCT 14 noviembre 1984.

¹⁶⁷ SSTSJ Cataluña 16 julio 1992 y 27 abril 1996.

documentos de saldo o finiquito¹⁶⁸, en certificados de vida laboral de la Seguridad Social¹⁶⁹, en la correspondencia mantenida¹⁷⁰, en certificaciones diversas del empleador o tarjetas de visita¹⁷¹ o, por no seguir, en la información transmitida de la sucesión de empresas¹⁷² o en el pliego de condiciones de la concesión administrativa¹⁷³.

En segundo término, valorando si concurren o no circunstancias capaces de inducir a este error, que pueden ser imputables, bien al empresario aparente (de buena fe¹⁷⁴ o con conciencia plena¹⁷⁵), al atribuirse públicamente dicha condición; bien al verdadero, ora a título de dolo¹⁷⁶ (especialmente cuando versa sobre conexiones interempresariales que el trabajador no puede averiguar por pertenecer a la esfera de una relación mercantil a la cual no se tiene acceso¹⁷⁷, o por la confusión entre administradores sociales y verdaderos propietarios¹⁷⁸), ora a título de culpa, conforme sucede, en supuesto ejemplar, cuando se mantiene el papel timbrado --nóminas, cartas, recibos-- de la anterior empresa¹⁷⁹, o la actividad desempeñada es la misma y la primera falta imputada viene referida al empleador anterior¹⁸⁰.

Por último, preciso será atender, también, a la conducta seguida por el o los empresarios desde el despido hasta el acto de juicio¹⁸¹ (e incluso en fases posteriores de

¹⁶⁸ STSJ Cataluña 22 marzo 2002.

¹⁶⁹ STSJ Madrid 11 marzo 2008.

¹⁷⁰ STCT 23 junio 1987.

¹⁷¹ STCT 14 noviembre 1984.

¹⁷² SSTSJ Cataluña 5 enero y 18 junio 2001.

¹⁷³ STSJ Castilla y León/Valladolid 13 enero 2004.

¹⁷⁴ SSTSJ Cataluña 16 julio 1992 o Madrid 26 marzo 2007.

¹⁷⁵ SSTSJ Cataluña 25 abril 1997 y Castilla y León/Burgos 11 febrero 2004.

¹⁷⁶ STS 22 enero 1987 o STSJ Castilla y León/Burgos 23 febrero 1990.

¹⁷⁷ SSTSJ Extremadura 11 agosto 1997, Navarra 29 octubre 1998, Cataluña 7 mayo 1998 y 4 octubre 2005, Canarias/Las Palmas 26 junio 2001, Comunidad Valenciana 26 octubre 2001 y Castilla y León/Burgos 3 julio 2008.

¹⁷⁸ STSJ Comunidad Valenciana 26 octubre 2001, la cual rechaza de manera expresa que la cuestión merezca el apelativo de “perjudicial”; en igual sentido, STSJ Comunidad Valenciana 4 julio 2002.

¹⁷⁹ SSTSJ Canarias/Sta Cruz de Tenerife 17 febrero 1997 o Andalucía/Málaga 4 junio 1999.

¹⁸⁰ STSJ Cataluña 15 marzo 2007; en igual sentido, SSTSJ Cataluña 29 junio 2006 o País Vasco 24 octubre 2006.

¹⁸¹ STSJ Cataluña 16 julio 1999.

recurso y ejecución¹⁸²), porque si pudiendo haber aclarado el equívoco no lo hizo (por ejemplo, en las diferentes notificaciones que le han sido dirigidas¹⁸³, en la comparecencia al acto de conciliación en vía administrativa o convencional¹⁸⁴, al resolver la reclamación administrativa previa¹⁸⁵ o al recibir copia de la demanda¹⁸⁶), es evidente la actuación de mala fe y el abuso del derecho de defensa que, “lejos de ser una estrategia procesal respetable”¹⁸⁷, en orden a hacer que transcurra el plazo de caducidad de la acción de despido, constituye un coadyuvante fundamental en orden a aplicar el art. 103.2 LPL¹⁸⁸.

2.3.- Acreditación “en el juicio” de que el verdadero empresario es un tercero

Cumplidos los anteriores requisitos, aún será menester que concurra uno adicional, consistente en haberse acreditado “en el juicio” que el empleador real era un tercero, sin que “hasta el momento en el cual conste quién sea el empresario” comience el computo de plazo de caducidad para poder deducir nueva demanda sobre ese tercero. El literal entrecomillado contiene una referencia “imprecisa”¹⁸⁹, “abierta e indeterminada, de interpretación difícil”¹⁹⁰ y de “aplicación no menos problemática”¹⁹¹. El primer parecer ofrecido por los Tribunales, apegado a la letra de la norma, lo identificaba con la vista¹⁹²; no obstante, y con el paso del tiempo, fue poco a poco

¹⁸² STSJ Madrid 21 febrero 2005.

¹⁸³ STSJ Navarra 30 junio 1995.

¹⁸⁴ SSTSJ Extremadura 11 agosto 1997, Murcia 16 abril 1998 o Cataluña 4 octubre 2005.

¹⁸⁵ STSJ Castilla y León/Burgos 23 febrero 1990.

¹⁸⁶ STCT 20 noviembre 1984.

¹⁸⁷ STSJ Galicia 23 diciembre 2003.

¹⁸⁸ SSTSJ Castilla y León/Brugos 30 marzo 2004 y Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 26 diciembre 2006.

¹⁸⁹ MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *El empresario aparente*, cit., pág. 40.

¹⁹⁰ ALONSO OLEA, M. y ALONSO GARCÍA, R. M^a: *Derecho Procesal del Trabajo*, 15^a ed., Madrid (Thomson/Civitas), 2008, pág. 243.

¹⁹¹ BLASCO PELLICER, A.: *El régimen procesal del despido*, cit., pág. 40.

¹⁹² La STCT 3 noviembre 1973 concluía con escasas dudas que el juicio no iba más allá de la vista, pues la norma de ritos entonces vigente regulaba las diligencias para mejor proveer --hoy diligencias finales-- “una vez terminado el juicio”.

difuminándose --sin desaparecer nunca¹⁹³-- la idea de que el error se ha de descubrir y acreditar en el acto de juicio, “sin admitirse otras posibilidades que prácticamente dejarían a la voluntad de las partes el ampliar un plazo que, como el de caducidad, tiene efectos perentorios y es de naturaleza improrrogable”¹⁹⁴. De esta forma, la situación llegó al extremo de que durante más de una década (a situar entre 1985 y los efectos derivados de la reforma derivada de la Ley 11/1994), bien cabe afirmar que mediaba “reiteradísima jurisprudencia según la cual la citada expresión ‘en juicio’ identifica no sólo el acto de juicio, sino también otros trámites anteriores y subsiguientes al mismo”, como la celebración de la conciliación preprocesal o la reclamación administrativa previa, el ínterin entre aquéllas y la presentación de demanda, el de subsanación de la demanda, el propio acto de juicio y la sentencia que le ponga fin, el o los recursos a interponer¹⁹⁵ y, también, en la fase de ejecución.

Fuerza expansiva capaz de pugnar, desde luego, no sólo con la necesaria interpretación restrictiva del precepto y su finalidad, sino que ignoraba otros momentos preprocesales y procesales con reglas y plazos propios. No puede extrañar, en consecuencia, que cuando la norma de ritos evoluciona para acoger los evidentes cambios en la estructura del modelo diseñado por el ET/1980 derivados de las reformas de mediados los años noventa, abriéndose a la cultura de la flexibilidad, el panorama judicial vuelva a variar --y nunca es fácil acostumbrarse a los cambios, motivo por el cual cabe seguir comprobando, por ejemplo, cómo “suelen admitirse ampliaciones de la demanda sin perjuicio de que la caducidad opere en la forma en que se indica en el art. 103.2 LPL”¹⁹⁶--, y no precisamente de manera discreta, sino abiertamente mayoritaria, con doctrina unificada incluida. En su virtud, “en el juicio” vuelve a significar “sólo” en el acto de juicio¹⁹⁷, reduciendo la operatividad de la medida a la situación para la cual

¹⁹³ Baste remitir a la STSJ Extremadura 15 febrero 1994, o a la posición doctrinal (siempre apoyada en la praxis judicial) sostenida por BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *La caducidad en el Derecho Laboral*, cit., págs. 132 y 133.

¹⁹⁴ SSTCT 11 enero 1983 y 1 marzo 1984. Su confirmación previa en la escueta dicción de la STS 9 septiembre 1977.

¹⁹⁵ Dando cuenta de tal realidad jurídica, con extensa muestra de sentencias, MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *El empresario aparente*, cit., págs. 86 y 87.

¹⁹⁶ Desde su experiencia --dilatada y fructífera--, la opinión (apoyada en distintos pronunciamientos) de la Magistrada GARCÍA PAREDES, M^a. L.: “Artículo 103”, en AA.VV. (DE LA VILLA GIL, L. E., Dir.): *Ley de Procedimiento Laboral. Comentada y con Jurisprudencia*, Madrid (La Ley), 2006, pág. 796.

¹⁹⁷ Debiendo aprovechar cuantas oportunidades éste ofrece, STSJ Madrid 10 abril 2003.

fue prevista, bajo una idea pocas veces explicitada pero en todo caso latente: trátase de una excepción a la regla, “cuya rigidez impide la analogía, figura está reservada a los supuestos de laguna legal”¹⁹⁸; vacío que aquí no existe, ni en remedios procesales, ni en plazos suficientes para actuarlos, por lo cual “parece absolutamente ilógico extender la aplicación de este precepto”¹⁹⁹, “lo que sería una exégesis conducente al absurdo, y como tal debe ser rechazada”²⁰⁰.

Las alternativas mostradas apuran hasta el extremo su interpretación. Así, *de lege ferenda*, cabe considerar que el art. 103.2 LPL ha dejado de responder a la finalidad para la cual había sido diseñado, desbordado por una realidad que lo supera; e incluso postular de forma decidida la necesidad de reformarlo para extender su aplicación a cuanto se considera su “espacio natural”²⁰¹ en la protección procesal del trabajador. Por el contrario, *de lege data*, queda aquilatado el ámbito estricto de aplicación del artículo, debiendo abrir el discurso a otras vías solutorias del equívoco “parcial” a la hora de identificar al empresario real a quien debe ser imputada la responsabilidad por el despido. En el medio, donde tantas veces cabe hallar la virtud y la razón, los términos que la acompañan (“que se acredite” o “que conste”) sugieren la existencia de una resolución judicial en la cual se proclame el error e indique quién habrá de ser demandado²⁰², lógicamente, previa solicitud de conciliación o interposición de reclamación previa contra el “nuevo” empleador, al no resultar de aplicación aquí el art. 64.2 b) LPL, en tanto va a iniciarse un proceso distinto frente a un empresario diferente²⁰³. En definitiva, y advirtiendo sobre la existencia de opiniones en contrario²⁰⁴, “el juicio” bien pudiera quedar delimitado, en su momento inicial, por el intento de conciliación judicial y, en su límite final, por la sentencia que constate el error y la

¹⁹⁸ Recordando cuanto sentara la STS, Civil, 11 mayo 2000 y STSJ Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 29 junio 2007.

¹⁹⁹ SSTSJ Cataluña 5 enero 2001 y Galicia 24 septiembre 2001.

²⁰⁰ SSTSJ Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 26 diciembre 2006 y Castilla y León/Valladolid 7 noviembre 2007.

²⁰¹ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Plazo para reclamar por despido en caso de empresario aparente”, *Aranzadi Social*, Vol. I, 1997, pág. 2265.

²⁰² Al punto que la solicitud de declaración de fijeza del vínculo laboral no genera litispendencia respecto de una posterior demanda de despido, según muestran las STS 13 octubre 1994 o STSJ Castilla y León/Burgos 11 febrero 2004.

²⁰³ ALONSO OLEA, M. y ALONSO GARCÍA, R. M^a: *Derecho Procesal del Trabajo*, cit., pág. 243, nota 14.

²⁰⁴ Baste remitir a las ya relativamente lejanas SSTSJ Asturias 18 abril 1997, Navarra 29 octubre 1998 o Castilla y León/Burgos 23 febrero 1999.

identidad del pasivamente legitimado²⁰⁵, sin necesidad de declarar de manera expresa las subsiguientes acciones que la Ley reconoce directamente²⁰⁶, aun cuando --no es menos cierto-- lo que abunda no daña²⁰⁷.

III.- DEFECTOS EN LA IDENTIFICACIÓN DEL EMPRESARIO DISTINTOS AL ERROR DEL ART. 103.2 LPL. LAS SITUACIONES DE LITISCONSORCIO PASIVO VOLUNTARIO

La reordenación de los sistemas productivos ha propiciado una fuerte tendencia descentralizadora y la aparición de nuevas formas de organización marcadas por la colaboración empresarial mediante esquemas triangulares --o, incluso, “poliangulares”²⁰⁸--, modelos de red o estrella, revelando una “balcanización de mercados de trabajo”²⁰⁹ --en no pocas ocasiones buscada o utilizada a propósito-- capaz de plantear serias dudas al que ha visto extinguido su contrato laboral sobre quién deba ser, más allá del que se le aparece como verdadero empleador, el destinatario de su reclamación en orden a garantizar el éxito de la misma. Con la intención de ofrecer adecuadas soluciones --el art. 103.2 LPL no lo es--, y evitar una indefensión *de facto* por ver insatisfechas sus legítimas pretensiones, el punto de partida ha de venir dado por una sucinta exposición de cuantas situaciones pueden determinar una pluralidad de responsables no constatada inicialmente por el trabajador, defecto que --sin perjuicio y con diferenciación de aquellos supuestos en los cuales lo existente es un error en la designación del demandado-- no debería “negar acción a un obrero contra el que se le

²⁰⁵ Ya para los comentaristas de la LPL/1958, “a la hora de fijar el momento inicial para el cómputo de la caducidad debería considerarse como tal el de la sentencia del primer juicio (...), pues evidentemente en tal momento el trabajador habrá adquirido conocimiento oficial [y procedería subrayar el adjetivo] de que existe un tercero responsable”, JIMÉNEZ ASENJO, L. S. y MORENO MORENO, J. A.: *Comentarios al procedimiento laboral español*, Parte 1ª, Barcelona (Acervo), 1959, pág. 313.

²⁰⁶ En tal sentido, SSTCT 26 noviembre 1977, 23 septiembre 1980, 28 enero 1981 o 26 febrero 1986.

²⁰⁷ Quiere decirse con ello que, sin ser obligatorio, resulta encomiable que la sentencia recuerde al demandante, para mejor satisfacción de su derecho, la facultad legal del art. 103.2 ET, pero sin derivar de ello un contenido esencial del fallo, VALLE MUÑOZ, F.A.: “La errónea identificación del empresario en los despidos y sus efectos judiciales”, *Aranzadi Social*, núm. 19, 2010 [BIB 2010/149], págs. 5 y ss.

²⁰⁸ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “Ingeniería jurídica y empresas de trabajo temporal: las difusas fronteras entre las contratas y la cesión de trabajadores”, *Temas Laborales*, núm. 56, 2000, págs. 222 y ss.

²⁰⁹ WRIGHT BAKKE, W.: “The balkanization of the labour market”, en AA.VV: *Labour mobility and economy opportunity*, Cambridge (MIT Press), 1954.

presentó como patrono y con esa apariencia convino con él”²¹⁰, ni contra otros sujetos que, igualmente, vinieren obligados a responder.

Así, en primer lugar, el grupo de empresas aparece caracterizado por la existencia de dos o más entidades jurídicamente independientes o autónomas, pero que actúan en sus relaciones de intercambio de manera integrada o simplemente coordinada, adoptando decisiones en común, pudiendo con ello llegar a crear la apariencia de un único ámbito de organización y gestión y una realidad económica común. En consolidada construcción jurisprudencial --ante el lamentable silencio legal--, la regla general viene dada por la consideración aislada de cada unidad en atención a su propia y separada personalidad jurídica; sin embargo, con la finalidad de salvaguardar los derechos del trabajador y corregir las desviaciones derivadas de la actuación del grupo en el ámbito de las relaciones laborales, la doctrina del “levantamiento del velo” permite distinguir entre empresario *de facto* y *de iure*, para imputar a todos los componentes una responsabilidad solidaria (“impropia, en tanto no procede de vínculos voluntarios contraídos con respecto al acreedor laboral, sino que cumple una función de garantía, como la legal”²¹¹) por sus singulares obligaciones contractuales --entre ellas las derivadas de un despido--, siempre y cuando concurren los requisitos de funcionamiento integrado o unitario, prestación de servicios indistinta (ya sea simultánea o sucesiva), confusión patrimonial y --es lo importante-- elusión de responsabilidades mediante la utilización abusiva de la personalidad jurídica diferenciada o la creación de empresas aparentes o ficticias sin sustrato real²¹². En definitiva, “para que exista la solidaridad mentada es necesario que la personalidad de las empresas sea utilizada en fraude de ley, con ánimo defraudatorio

²¹⁰ STS 23 octubre 1933, “unánimemente reconocida como precedente judicial en tema de empresario aparente”, MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *El empresario aparente*, Madrid (Civitas), 1992, págs. 21 y ss.

²¹¹ STSJ País Vasco 11 febrero 1998. Recordando, como la anterior, su vinculación con la construcción ancilar respecto de las comunidades de bienes, SSTSJ Comunidad Valenciana 26 octubre 2001 y 4 julio 2002.

²¹² Entre muchas otras de entre un extenso listado, SSTS 6 mayo 1981; 7 diciembre 1982; 4 marzo y 11 diciembre 1985; 3 marzo, 8 octubre y 7 diciembre 1987; 8 junio y 12 julio 1988; 30 enero, 9 mayo o 19 y 26 noviembre 1990; 30 junio 1993; 30 diciembre 1995; 21 enero 1997; 26 enero 1998; 25 octubre 1999; 4 abril 2002 o 20 enero 2003. No obstante, como ya recordara el Alto Tribunal en sus primeros pronunciamientos en la materia, a pesar de la existencia de una doctrina general, será preciso atender a las peculiaridades concurrentes en cada caso concreto [STS 3 mayo 1990], y así negar defecto alguno cuando el empleado conozca perfectamente a todos y cada uno de los integrantes del grupo [STSJ Madrid 10 abril 2003].

de los intereses y derechos de los trabajadores”²¹³, nunca por el sólo hecho de existir diversos vínculos societarios²¹⁴.

En segundo término, las Empresas de Trabajo Temporal, admitidas en el ordenamiento español a raíz de la Ley 14/1994, de 1 de junio, con la intención --cada vez más presente, conforme pone de manifiesto la reciente Ley 35/2010, de 17 de septiembre²¹⁵-- de aumentar la presencia de operadores privados en el mercado de trabajo para promover la inserción laboral, han puesto de manifiesto una desviada utilización consistente en superar su inmediata finalidad de atender las necesidades temporales de la empresa usuaria e instrumentarse como opaco y ultraflexible mecanismo para reducir costes salariales y derechos sociales²¹⁶. Por cuanto aquí interesa, el reparto de responsabilidades entre la empresa usuaria y la ETT (ostentando ésta, en cuanto empleadora directa, la facultad disciplinaria para despedir ex art. 15.2 Ley 14/1994) y el confuso juego con las previsiones sobre cesión ilegal de mano de obra (art. 43 ET) provocarán, a buen seguro, el desconcierto del trabajador a la hora de plantear su demanda²¹⁷. Ante tal panorama, el Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de unificar doctrina y dilucidar el alcance y los efectos del despido: de un lado, cuando el contrato de puesta a disposición hubiera tenido lugar en alguno de los supuestos legalmente admitidos (art. 6 Ley 14/1994), la posible responsabilidad atañe en exclusiva a la ETT, sin poder extenderla a la usuaria porque el art. 16.3 de la norma sólo contempla una ampliación subsidiaria respecto de las obligaciones salariales y de Seguridad Social²¹⁸; de otro, si utilizado fraudulentamente --y sólo entonces²¹⁹-- , y

²¹³ SSTSJ Galicia 5 y 23 diciembre 2003.

²¹⁴ SSTSJ Cataluña 4 octubre 2005 y Madrid 26 marzo 2007.

²¹⁵ Pues no sólo amplía el ámbito de actuación de las Empresas de Trabajo Temporal, sino que otorga carta de naturaleza a las agencias privadas de colocación con reconocido ánimo de lucro; al respecto, GARCÍA GIL, B.: “Servicios Públicos de Empleo, Agencias Privadas de Colocación y Empresas de Trabajo Temporal”, en A.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., Coord.): *La Reforma Laboral de 2010*, cit., págs. 87 y ss.

²¹⁶ De tal opinión, MOLINA NAVARRETE, C.: *Nuevas reglas de competencia en el mercado de las empresas de trabajo temporal*, Jaén (Universidad), 2000, pág. 27 o ÁLVAREZ CUESTA, H.: *La precariedad laboral. Análisis y propuestas de solución*, Albacete (Bomarzo), 2008, págs. 109 y ss.

²¹⁷ Patente, por ejemplo, en STSJ Comunidad Valenciana 9 septiembre 2008.

²¹⁸ Pero no respecto del despido ni de los salarios de tramitación, debido a su naturaleza indemnizatoria declarada por la doctrina jurisdiccional en, entre otras, SSTJ 14 julio 1998 o 23 enero 2001.

²¹⁹ SSTSJ Madrid 19 febrero 1998 y Cantabria 9 abril 2003.

corrigiendo una abundante opinión de los Tribunales Superiores de Justicia²²⁰, operará la solidaridad impuesta por el art. 43.2 ET para la cesión ilegal²²¹.

Como tercera variante a sopesar, los cambios de titularidad de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma²²² no extinguen automáticamente la relación laboral, pues el cesionario queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del transmitente (art. 44 ET), pero ante la vicisitud de un despido acaecido en torno a un proceso de sucesión, el empleado debe adoptar importantes cautelas a la hora de formular su demanda, dada la posible extensión de responsabilidades²²³, como garantía frente a “eventuales operaciones fraudulentas en las que la operación tuviera como finalidad la de frustrar la efectividad de los derechos de los trabajadores (por ejemplo, mediante la transmisión a una empresa insolvente)”²²⁴. Con carácter previo, conviene recordar que el régimen expuesto a continuación no opera --sucesión de contratas o concesiones administrativas como ejemplo paradigmático-- cuando no exista traspaso de un conjunto organizado o activo empresarial material o personal²²⁵, sin perjuicio de previsión en contrario contenida en el convenio colectivo

²²⁰ SSTSJ Madrid 25 abril, 13 septiembre, 18 octubre y 29 noviembre 2002 o 13 diciembre 2005; en el mismo sentido, SSTSJ País Vasco 30 diciembre 1998, Murcia 6 mayo 2002, Cataluña 18 febrero 2002, 10 junio 2003 y 30 marzo 2005 o Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 7 junio 2007.

²²¹ Conclusión alcanzada tras extensos y profundos argumentos en SSTS 4 julio 2006 y 3 noviembre 2008. En la jurisprudencia menor, por clarificadoras, SSTSJ Comunidad Valenciana 9 septiembre 2008 o Canarias/Las Palmas 30 junio 2009. En la doctrina, con anterioridad, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: *Las empresas de trabajo temporal en España*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1994, pág. 136.

²²² Es decir, que la sucesión empresarial puede ser total o parcial, afectando a un centro de trabajo, a un elemento de producción claramente diferenciado o a un departamento o sección [SSTS 26 enero 1988, 6 octubre 1989 o 16 mayo 1990]. En definitiva, el concepto de “unidad productiva autónoma” viene definido por la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales susceptibles de una explotación económica independiente [STS 27 octubre 1994], pero no por ellos individualmente, aun cuando su valor sea muy elevado [SSTS 3 marzo 1983, 16 julio 2003 y 12 septiembre 1988].

²²³ SSTSJ Castilla y León/Valladolid 13 enero 2004 y Madrid 7 junio 2004.

²²⁴ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 17ª ed., Madrid (Tecnos), 2008, pág. 671.

²²⁵ Matizando una antigua doctrina a la luz de la STJCE 45/1997, de 11 de marzo, asunto *Süzen*, cabe remitir a SSTS 20 y 27 octubre 2004, 4 abril 2005, 27 junio 2008 o 28 abril 2009; por exhaustiva, sobre la diferencia entre sucesión de contratas y cambio de titularidad a efectos del art. 44 ET, STSJ Cataluña 20 noviembre 2009.

aplicable²²⁶. A partir de tal premisa, y de conformidad con el art. 44.3.1º ET, procederá seguir: primero, que cuando el cambio de titularidad se produce *mortis causa* la responsabilidad de los herederos está ya asegurada por las normas civiles generales en materia de sucesión (arts. 659 y ss. CC), a salvo de una aceptación a beneficio de inventario²²⁷; segundo, que si el sucesor niega la continuidad de los contratos, o si ha existido connivencia con el cedente para que éste libere cargas y reduzca --de forma aparentemente legal-- el número de vínculos laborales con prudencial antelación²²⁸, el trabajador podrá reclamar solidariamente por despido contra cedente y cesionario²²⁹, si bien en la práctica --y de ordinario-- la condena podrá ejecutarse respecto de las consecuencias económicas contra ambas, pero en cuanto hace a la readmisión (cuando resultara obligatoria por ser calificado como nulo, o cuando la elección queda atribuida al demandante por improcedente) sólo respecto de una u otra entidad en función de las circunstancias e intereses en presencia²³⁰; y tercero, que alcanza a las indemnizaciones por despido imputables a la cedente y relativas al trabajador cuyo vínculo había sido extinguido con anterioridad a la transmisión, sin perjuicio de la facultad del cesionario, si efectivamente las abonó, para reclamarlas al deudor principal²³¹. Por otra parte, igual condición asumirán por “las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión cuando la cesión fuese declarada delito” (44.3.2º ET). Como regla general, por tanto, si los despidos son realizados por la empresa cesionaria tras producirse efectivamente la

²²⁶ Como suele ocurrir en determinados sectores, con independencia de que medie o no entrega de la infraestructura o los elementos patrimoniales precisos para la prestación del servicio, STS 23 enero 1995 y 18 septiembre 2000.

²²⁷ SSTs 15 julio --dos-- y 4 octubre 2003.

²²⁸ Supuesto reflejado ya en STS 16 enero 1990, aun cuando pueda contar con la complicidad de otros pronunciamientos bajo la exigencia de que el contrato se halle en vigor para que pueda operar el mecanismo subrogatorio (por ejemplo, SSTSJ --dos-- Extremadura 8 noviembre 2008).

²²⁹ SSTs 3 marzo 1987, 17 diciembre 1991 y 1 marzo 2004 o SSTSJ Andalucía/Málaga 12 julio 1996, Cataluña 22 marzo 2002, País Vasco 6 febrero 2007, Asturias 28 septiembre 2007, Castilla La Mancha 1 febrero 2008, Madrid 20 octubre 2008, Castilla y León/Burgos 18 diciembre 2008 y Asturias 19 junio 2009.

²³⁰ Pudiendo aplicarse al cesionario por la desaparición del cedente, a ambos a elección del demandante, a la única empresa que tenga un puesto con iguales características a las que regían con anterioridad al despido, etc.; diversos supuestos recogidos en SSTSJ Galicia 15 septiembre 1994, Cantabria 28 septiembre 1994 y 12 septiembre 1996 o Canarias/Las Palmas 30 octubre 2008.

²³¹ SSTs 15 julio --dos-- y 4 octubre 2003, unificando doctrina con numerosos y profundos razonamientos y reiterando el criterio ya mantenido en SSTs 30 junio 1986 y 22 noviembre 1988 o STCT 2 septiembre 1986.

subrogación, y a menos que medie un pronunciamiento firme reconociendo el comportamiento punible, el cedente queda liberado²³².

Íntimamente relacionadas con la anterior modalidad, las contratas y subcontratas suponen otro ejemplo de coordinación entre empresas económica y jurídicamente autónomas con la finalidad de exteriorizar los procesos productivos y reducir personal y costes fijos. La necesaria tutela del legislador ante el mentado fenómeno aparece contenida en el art. 42.2 ET, de conformidad con el cual el empresario principal --con independencia de su carácter público o privado²³³ y siempre que tenga por objeto la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad²³⁴--, “durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata”. El supuesto comentado excluye, en principio, una posible solidaridad entre unos y otros en relación con las consecuencias del despido, pues según sostiene el Alto Tribunal --en doctrina fielmente aplicada por los Superiores de Justicia²³⁵-- ni la readmisión, ni la indemnización, ni los salarios de tramitación pueden ser conceptuados como obligaciones de estricta naturaleza salarial²³⁶. No obstante, y de un lado, nada empece que el propio contrato individual acoja una excepción a la regla general y, en consecuencia, amplíe el número de sujetos pasivamente legitimados²³⁷, debiendo tener

²³² SSTSJ Castilla y León/Valladolid 4 octubre 2004 o Asturias 16 marzo 2007.

²³³ Aun cuando el art. 42 ET no fue redactado pensando en el ámbito contractual público, resulta igualmente aplicable en aquellos supuestos, cada vez más frecuentes y abundantes, en los cuales las Administraciones Públicas exteriorizan actividades en unidades productivas auxiliares, SSTS, Cont.-Admtivo., 19 mayo 1987 y 9 mayo 1989; en la doctrina, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Madrid (Marcial Pons), 2006, págs. 17 y ss.

²³⁴ Sobre tal concepto, NORES TORRES, L.E.: *El trabajo en contratas: la noción de contrata de propia actividad*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004 y, en los Tribunales, SSTS 18 enero 1995, 24 noviembre 1998, 22 noviembre 2002, 20 julio 2005, 2 octubre 2006, 12 diciembre 2007 o 24 junio 2008.

²³⁵ Por ejemplo, en SSTSJ Castilla y León/Valladolid 14 enero 2002, Cataluña 19 junio 2002, Andalucía/Sevilla 26 septiembre 2002, Madrid 10 abril y 22 septiembre 2003, Galicia 26 enero 2004, Aragón 30 septiembre 2004, País Vasco 8 febrero 2005, Andalucía/Granada 20 abril 2005, Cantabria 21 marzo y 22 octubre 2007 o Castilla La Mancha 23 marzo 2009.

²³⁶ Según explican las SSTS 13 mayo 1991, 2 diciembre 1992, 14 marzo 1995, 20 mayo 1998, 9 diciembre 1999, 23 enero 2001, 1 marzo y 23 diciembre 2004, 9 marzo 2005, 31 enero y 1 febrero 2006 o 18 abril 2007.

²³⁷ Como bien precisa la STSJ Madrid 2 marzo 2004.

presente que la asunción voluntaria por la principal debe quedar igualmente extendida “en cascada” a toda la cadena de subcontratistas²³⁸; de otro, y según ya consta, el juego conjunto de los arts. 42 y 44 ET permitirá apreciar el fraude existente y estimar la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario de una contrata.

En fin, las comunidades de bienes, como especie del más amplio género de entidades sin personalidad jurídica²³⁹, comparten idénticos problemas sustantivos y procesales. Ciñendo el discurso a los efectos del despido, la dualidad legitimación-representación derivada de su consideración como empresarios (art. 1.2 ET), y la necesaria designación en la demanda de los datos relativos a quienes aparezcan como organizadores, directores o gestores (art. 80.1.b ET), los cuales actúan al tiempo como comparecientes (art. 16.5 LPL), suscitan el interrogante sobre cuál deba ser la forma adecuada para traerlos a juicio²⁴⁰ y las consecuencias que de ello puedan derivarse para la satisfacción de la pretensión ejercitada por el trabajador²⁴¹. En este sentido, la doctrina mayoritaria interpreta los citados preceptos como una atribución legal de capacidad a la comunidad para contratar trabajadores y generar derechos y obligaciones dentro de una relación laboral y, al tiempo, como una comparecencia conjunta de los comuneros en el tráfico jurídico y un medio para expresar en dicho marco la solidaridad de créditos y deudas que la ley crea entre ellos (art. 1137 CC), en tanto el art. 393 CC fija un concurso en cargas y beneficios proporcional a sus cuotas --presumidas iguales mientras no se pruebe lo contrario-- a efectos puramente internos, mas no frente a terceros²⁴². Por tal motivo, “cabe sostener la posibilidad de un juicio y una condena sin necesidad de que sean citados siempre todos o algunos de sus integrantes [aun cuando nada impide que lo sean], por lo que basta con demandar a las comunidades, no produciéndose falta de litisconsorcio pasivo por no demandar a sus componentes”²⁴³. La

²³⁸ Siendo aplicable igualmente la doctrina contenida en SSTs 9 julio 2002 o 23 septiembre 2008.

²³⁹ Por todas, STSJ Comunidad Valenciana 26 octubre 2001.

²⁴⁰ Mucho más cuando bajo tal apariencia se siga una transmisión de empresas, STSJ Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 17 febrero 1997.

²⁴¹ Por extenso, DESDENTADO DAROCA, E.: *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*, Valladolid (Lex Nova), 2006, págs. 246 y ss.

²⁴² SSTSJ Cataluña 4 julio 2001, 21 julio 2003, 13 abril 2006 o 5 febrero 2009 y Asturias 14 diciembre 2001.

²⁴³ STSJ Cataluña 6 noviembre 2003; en el mismo sentido, SSTSJ Andalucía/Sevilla 15 septiembre 1993, Comunidad Valenciana 11 marzo 1999, Murcia 21 abril 1999, Galicia 5 mayo 1999 o Castilla La Mancha 9 abril 2002.

solución apuntada, con todo, dista de ser pacífica, pues algunos pronunciamientos, a partir de una errónea concepción de los comuneros como “empresarios” que responden solidariamente por las obligaciones contraídas por la comunidad, consideran necesario demandar a todos ellos ante la falta de personalidad jurídica de aquélla²⁴⁴; otros, empero, no aprecian obligatorio “demandar a la comunidad de bienes, ni siquiera mencionar su existencia, con tal que se demande a todos sus componentes o, si se ignora su identidad, se alegue esta circunstancia, indicando que la persona conocida y las desconocidas funcionan bajo dicha modalidad para que puedan ser citadas”²⁴⁵; en fin, no falta alguno esporádico que, sin entrar a ofrecer su criterio, concluye tajantemente cómo “la responsabilidad solidaria de los miembros de la comunidad sólo debe de admitirse cuando los mismos han sido demandados y condenados en juicio, y no en caso contrario”²⁴⁶.

IV.- VÍAS DE SUBSANACIÓN DE DEFECTOS EN LA IDENTIFICACIÓN DEL EMPRESARIO AL MARGEN DEL SUPUESTO DEL ART. 103.2 LPL

Examinada en sus justos términos la solución ofrecida por el art. 103.2 LPL, conviene parar mientes en la posibilidad de corregir la concreción de la parte demandada en tres momentos bien definidos, como son aquellos anteriores a la presentación de la demanda, coetáneos a la instancia --en trámite de admisión y ampliación-- o posteriores a la misma --recurso y ejecución--.

1.- Antes del inicio del proceso por la presentación de la demanda

Según ya consta, aun cuando a juicio del Tribunal Constitucional la determinación de la legitimación pasiva constituye una carga del demandante cuyo defecto puede conducir a la caducidad de la posterior demanda en que aquélla quede correctamente establecida²⁴⁷, no es menos cierto que también precisa la necesidad de interpretar las normas procesales en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela

²⁴⁴ STSJ Extremadura 19 marzo 2003.

²⁴⁵ STSJ Asturias 14 diciembre 2001.

²⁴⁶ SSTSJ Canarias/Las Palmas 26 febrero y 27 abril 2001.

²⁴⁷ STCo 101/1993, de 22 de marzo.

judicial efectiva²⁴⁸, máxime cuando la brevedad de los plazos --y el despido es ejemplo paradigmático-- puede acabar perjudicando a la parte más necesitada de amparo judicial en este tipo de conflictos. Por tal motivo, dicho criterio ha de permanecer siempre latente a la hora de ofrecer soluciones para evitar el fracaso de la pretensión ante eventuales errores en la designación de los destinatarios de la futura demanda, entre las cuales cabe aludir a un primer grupo de alternativas referidas a la fase preprocesal, habida cuenta de que, en principio, tanto la conciliación como la reclamación administrativa previa --alternativamente-- constituyen un trámite preceptivo en los litigios por despido (arts. 63 y 69.1 LPL).

En primer lugar, resulta obvia --y carente de relevancia jurídica-- la posibilidad de corregir una primera intención equivocada y, dentro del plazo de caducidad, dirigir la papeleta o el escrito de reclamación previa, según corresponda, a todos los sujetos --uno o varios-- pasivamente legitimados, llevando de esta forma a una correcta delimitación de las partes interesadas para asegurar la plena ejecución de un eventual fallo de condena. No obstante, no cabe desterrar la valiosa ayuda que puede proporcionar en estos supuestos el art. 76.1 LPL²⁴⁹, a cuyo tenor “quien pretenda demandar, podrá solicitar del órgano judicial que aquél contra quien se proponga dirigir la demanda preste declaración acerca de algún hecho relativo a la personalidad de éste y sin cuyo conocimiento no pueda entrarse en juicio”. Sin perjuicio de las dificultades a la hora de determinar el órgano judicial competente para conocer de estos actos preparatorios (por el juego del art. 257.1 LEC en relación con el art. 10.1 LPL)²⁵⁰, el problema viene dado por saber si acudir a esta medida suspende o no el plazo de caducidad, pues en tan breve plazo de veinte días es harto dudosa la posibilidad de completar su práctica y entablar solicitud de conciliación o formular la reclamación previa. En la respuesta a tal interrogante no cabe desdeñar aquellas opiniones para las cuales, aun constituyendo un acto de jurisdicción voluntaria, “debe entenderse que la solicitud de esta actuación preprocesal interrumpe o suspende, en su caso, el plazo de

²⁴⁸ GIL Y GIL, J.L.: *La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo*, Granada (Comares), 2000, pág. 182, citando las STCo 90/1986 y 37 y 55/1995.

²⁴⁹ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: “Artículo 76”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N.; GALLEGU MORALES, A.J., Dirs.): *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*. T. I, cit., págs. 504 y 505.

²⁵⁰ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Artículo 76”, en AA.VV. (DE LA VILLA GIL, L.E., Dir.): *Ley de Procedimiento Laboral. Comentada y con Jurisprudencia*, cit., pág. 592.

prescripción o caducidad de la acción que se trate”²⁵¹; sin embargo, los escasos pronunciamientos judiciales existentes no permiten alcanzar sino opuesta solución cuando, *obiter dicta*, afirman cómo “no resulta exigible realizar los actos preparatorios por la brevedad del plazo para ejercitar la acción de despido y el hecho de que la misma esté sujeta a caducidad”²⁵², máxime de tener en cuenta que la suspensión de la caducidad tiene lugar únicamente cuando de manera expresa venga dispuesto en la Ley²⁵³, lo cual aquí no ocurre.

En segundo término, la “presentación” de la papeleta de conciliación suspende la caducidad de la acción por despido hasta el día hábil siguiente de intentada o, en caso contrario, por el transcurso de quince días hábiles sin que se hubiera celebrado²⁵⁴, pues la previsión conforme a la cual, “en todo caso, transcurridos treinta días sin celebrarse el acto de conciliación se tendrá por terminado el procedimiento y cumplido el trámite” resulta predicable para plazos de prescripción, que no es el caso²⁵⁵ (arts. 65.1 y 2 LPL). Trátase de una excepción al principio general de no suspensión del plazo en la acción de despido, aun cuando en su formulación quepa detectar una imprecisión, añadir un matiz y formular una declaración no tan innecesaria a la luz de su frecuente recurso por los Tribunales: por un lado, no es “la presentación” la que provoca la suspensión, sino la admisión con efectos desde aquella²⁵⁶; por otro, sólo producirá tal consecuencia cuando sea obligatoria, no si inadecuada o innecesaria²⁵⁷; en fin, y lógicamente, únicamente actuará lo contemplado en el art. 65.1 LPL si hubiera sido interpuesta dentro de los veinte días hábiles concedidos al efecto²⁵⁸, sin postergación consciente de aquél que se conoce como verdadero empresario²⁵⁹.

²⁵¹ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: “Artículo 76”, cit., pág. 505. En igual sentido, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Artículo 76”, cit., pág. 592.

²⁵² STSJ Castilla y León/Burgos 15 enero 2002.

²⁵³ DE CASTRO, F.: “La caducidad”, en AA.VV.: *Temas de Derecho Civil*, Madrid (Rivadeneyra), 1976, pág. 180.

²⁵⁴ Sin computar ni el correspondiente a la presentación de la papeleta ni el de presentación de la demanda, STSJ Castilla-La Mancha 29 noviembre 1996.

²⁵⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Artículo 65”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Cizur Menor (Aranzadi), 2003, pág. 219.

²⁵⁶ SSTSJ Baleares 10 julio 1992 y 15 junio 1995.

²⁵⁷ STSJ Madrid 26 octubre 2006.

²⁵⁸ Entre muchísimas, por su claridad, SSTSJ Cataluña 7 julio 2006 o Madrid 16 enero 2007.

Por su parte, y en similar planteamiento, al formular la reclamación previa a la vía administrativa --cuando el empleador tuviera naturaleza pública-- el plazo queda suspendido hasta su denegación o, si no existiera antes, por el transcurso de un mes (que no 30 días) sin haber sido notificada la resolución²⁶⁰ (arts. 69.2 y 73 LPL), de tal forma que el cómputo, a pesar del literal del art. 69.3 LPL²⁶¹, lejos de iniciarse de nuevo y por completo, se retoma con los días restantes no agotados²⁶², y “sin que una resolución expresa posterior a la preclusión del plazo resucite lo que ya ha fenecido”²⁶³; distinto será el supuesto de información errónea por la Administración sobre el plazo para actuar, en cuyo caso los Tribunales otorgan prioridad al reseñado en la notificación frente al previsto en la norma, extendiendo de este modo el plazo suspensivo²⁶⁴.

Con mayor precisión, cabe afirmar cómo la suspensión del plazo resulta predicable, no del sujeto contra quien se dirige, sino de la acción en sí misma, pues “el objeto del proceso especial por despido reside en la pretensión del trabajador demandante de que el despido sea declarado nulo o improcedente, teniendo en cuenta que se trata de una pretensión declarativa que lleva anexas consecuencias de condena”²⁶⁵; quiere con ello argumentarse que, una vez iniciado el preceptivo trámite previo, procede entender suspendida la caducidad con efecto generales, incluso para su cómputo respecto de otros posibles sujetos pasivamente legitimados (y el 103.2 LPL es

²⁵⁹ Sobre la base de las importantes SSTCT 15 junio 1983 y 19 mayo 1987, conviene remitir a las SSTSJ Cataluña 26 febrero 1993, 2 enero 1994 y 1 junio 1996.

²⁶⁰ STS 21 julio 1997 y STSJ Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 22 septiembre 2006.

²⁶¹ Según apuntara ya hace casi cinco décadas ALONSO OLEA, M.: *La reclamación administrativa previa (Un estudio sobre la vía administrativa como presupuesto procesal ante la Jurisdicción de Trabajo)*, Sevilla (Instituto García Oviedo), 1961, pág. 31.

²⁶² SSTs 30 enero 1987 o 25 mayo 1993. DE NIEVES Y NIETO, N.: *La reclamación administrativa previa en los procesos de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, pág. 219 o GONZÁLEZ VELASCO, J: *Conciliación y reclamación previas en lo laboral*, Madrid (Edersa), 1988, pág. 226.

²⁶³ SSTs 13 marzo 1984, 30 enero 1987, 25 octubre 1989, 25 mayo 1993 y 21 julio 1995 o SSTSJ La Rioja 11 diciembre 1992, Castilla-La Mancha 16 febrero 1998, Extremadura 18 mayo 1998, Comunidad Valenciana 25 abril 2006, Cataluña 30 junio 2006 y Madrid 18 septiembre 2006.

²⁶⁴ SSTCo 193 y 194/1992, de 16 de noviembre, y 252/2004, de 20 de diciembre. En la doctrina de los Tribunales, STS 17 marzo 2003 o SSTSJ Madrid 23 enero 2006 y Extremadura 31 mayo y 21 junio 2007.

²⁶⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N.; Y GARCÍA VALVERDE, M.D.: “Artículo 103”, cit., pág. 671.

una buena muestra de ello)²⁶⁶. Afirmado lo anterior, y aun cuando puede llegar a resultar complejo, la subsanación de las deficiencias constatadas una vez presentado el escrito puede atender a los siguientes ejemplos paradigmáticos:

A.- Si el fallo es detectado cuando ya ha sido dirigida contra persona equivocada, o sólo contra alguno de los varios responsables, y aun existiendo criterios rígidos en exceso y contrarios a la teoría de suspensión general de la caducidad²⁶⁷, cabe admitir la rectificación a través de una nueva papeleta (con lo cual la reanudación del plazo no ha lugar por el transcurso de los quince días sin haber llevado a cabo la primera, sino con la realización de la segunda antes de dicho plazo fatal)²⁶⁸, o mediante la ampliación de la misma²⁶⁹, pues en uno y otro caso el plazo está suspendido; también, es obvio, cuando procediera la reclamación administrativa y le hubiera sido indicada la conciliación, no se hubiera advertido al despedido sobre la pertinencia de estar y pasar por aquella²⁷⁰ o en la comunicación del despido indicara una reclamación innecesaria en el caso concreto²⁷¹.

B.- Cabe que, debido a la confusión, la equivocación tenga por objeto el órgano ante quien debe solicitarse y celebrarse la conciliación o reclamación administrativa²⁷², anticipando así las reglas procesales de competencia territorial. Sabido es que la doctrina unificada mantiene que, si presentada conciliación ante órgano incompetente y dirigida la demanda ante Juzgado igualmente incompetente, de recaer sentencia firme apreciando la declinatoria opuesta procederá conceder la suspensión con efectos retroactivos desde aquella presentación ante órgano administrativo incompetente [más

²⁶⁶ STSJ Cantabria 9 abril 2004.

²⁶⁷ El error en la identificación del empresario constituye una grave irregularidad en la actuación del solicitante de conciliación que priva a ésta de todo sus efectos, incluido el de suspender el plazo de la acción de caducidad, conforma razonan las SSTSJ Castilla y León/Valladolid 22 septiembre 1992, Cataluña 26 febrero 1993 y Castilla-La Mancha 9 mayo 2007.

²⁶⁸ SSTSJ Castilla y León/Valladolid 10 octubre 1996 y País Vasco 5 septiembre 2000.

²⁶⁹ SSTSJ Baleares 26 abril 1995 ó Madrid 10 enero 2006.

²⁷⁰ REINOSO Y REINO, A.: "La reclamación previa y la Sentencia 11/1988, del Tribunal Constitucional", *Actualidad Laboral*, núm. 17, 1988, pág. 945; más actuales, SSTCo 108/2000, de 5 de mayo, y 12/2003, de 28 de enero.

²⁷¹ STS 14 octubre 1993.

²⁷² SSTSJ Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 4 diciembre 2006 y 25 octubre 2007.

allá de lo previsto por el art. 14.a) LPL]²⁷³; por el contrario, continúa denegándola cuando al intento erróneo le sigue una correcta presentación de la demanda ante órgano judicial competente²⁷⁴. La dualidad resulta harto criticable --y así lo significan algunos Tribunales²⁷⁵-- pues, contra toda lógica, acaba penalizando al diligente y beneficiando al inactivo²⁷⁶; no estaría de más entender suspendido el cómputo de la caducidad, sobre todo de tener en cuenta el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que no duda en razonar con contundencia sobre cómo la apreciación de la caducidad de la acción vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si el demandante ha tenido la adecuada diligencia procesal, entendiéndose presente ésta en todos los supuestos en que el órgano administrativo ante el cual haya sido presentada la solicitud se tenga por competente, fije fecha de celebración, cite a las partes y, tras el intento, expida pertinente certificación²⁷⁷. Con superior detalle, la solución se antoja más absurda aún de recordar cómo, si tratándose de reclamación administrativa previa ante órgano equivocado, la respuesta aboga nuevamente por dar validez (y con ello efectos suspensivos) a la voluntad inequívoca del trabajador a la hora de impugnar y admitir una excepción a la regla general de atenuamiento estricto al cauce de evitación del proceso legalmente previsto²⁷⁸.

C.- Resulta también posible equivocar el trámite cuando el error deriva de considerar público al empleador privado (o viceversa), si bien la doctrina hoy día

²⁷³ STS 29 enero 1996, comentada en CARDENAL CARRO, M.: "Conciliación ante órgano territorial incompetente y caducidad de la acción", *Aranzadi Social*, T. I, 1998, págs. 2945 a 2947; en el mismo sentido, STS 31 enero 2003 o SSTSJ País Vasco 19 enero 1999, Cataluña 17 noviembre 2000, 27 febrero 2002 o 14 noviembre 2007 y Asturias 23 marzo 2001.

²⁷⁴ SSTs 16 febrero 1984 o 29 enero 1996; siguiendo igual criterio, SAN 29 julio 1999 o STSJ Castilla y León/Burgos 20 marzo 2000.

²⁷⁵ Entre otras, SSTSJ Comunidad Valenciana 24 octubre 1997 y Galicia 2 febrero 1999. Por su parte, acatando la tesi del Tribunal Supremo, pero con importantes matices en el caso concreto, STSJ Andalucía/Sevilla 17 septiembre 1999.

²⁷⁶ BUENDÍA JIMÉNEZ, J. A.: "Efectos de la presentación de la solicitud de conciliación ante órgano administrativo incompetente", *Aranzadi Social*, T. I, 2003, pág. 2847.

²⁷⁷ STCo 58/2002, de 11 de marzo; aplicando su doctrina en el caso concreto, STSJ Cataluña 18 enero 2007.

²⁷⁸ Recordando los precedentes dados por las SSTs 13 octubre 1989, 18 julio 1997 y 30 noviembre 2000; en ejemplo paradigmático, SSTST Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 14 diciembre 2006 y 25 Octubre 2007. En la doctrina, GÓMEZ BERNAL, M.T.: "Interpretación formalista y desproporcionada del agotamiento de la vía previa", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 66, 1994, págs. 661 y ss.

imperante considera que la utilización de un cauce preprocesal inadecuado suspende el plazo, precisando para ello que tales requisitos deben ser valorados con un criterio finalista. Más en concreto, si no queda desatendida su finalidad, al permitir con antelación suficiente al demandado conocer su posible interposición o considerar su evitación, cerrar en la instancia la vía de la acción de despido supondría un perjuicio a los intereses del demandante desproporcionado si puesto en relación con la entidad de la irregularidad cometida²⁷⁹.

D.- En fin, de existir varios responsables, unos privados y otros públicos, el legislador ha otorgado prioridad al trámite de reclamación sobre el de conciliación, puesto que no exige dirigir esta última contra aquéllos [art. 64.2.a) LPL], de tal forma que si el trabajador fuera con posterioridad consciente del litisconsorcio, nada le impediría rectificar e incluirlos en la posterior demanda.

Un tercer momento temporal viene dado por la reanudación del plazo de caducidad en los términos expresados párrafos atrás y una vez agotado el trámite previo, instante a partir del cual --no está de más recordarlo-- el cómputo continúa allá donde quedó paralizado. Apreciado entonces el error en sentido estricto, y conforme a la rígida interpretación del art. 103.2 LPL (que reduce su operatividad al acto del juicio), sólo cabe esperar a que los veinte días no hayan transcurrido --extremo harto improbable-- para poder actuar contra el verdadero responsable (con nueva conciliación o reclamación que, a su vez, suspendería los plazos, o directamente con demanda, a subsanar por la vía del art. 81.2 LPL)²⁸⁰. De forma diversa, para responsables solidarios no llamados hasta el momento, bastaría con que quedaran incluidos en la demanda presentada en plazo, pues la caducidad quedó en suspenso también respecto a ellos y, ante el previsible trámite de subsanación requerido por el Juzgado para su admisión e instando acreditar la celebración de la conciliación o su intento, bastará la copia de la solicitud extemporánea²⁸¹. No obstante, y conforme ocurre con cuanto se verá para una

²⁷⁹ Junto a las citadas en la nota anterior, SSTs 16 noviembre 2004 o 6 octubre y 28 diciembre 2005. Las bases de tal doctrina ya figuran en ALONSO OLEA, M.: *La reclamación administrativa previa (Un estudio sobre la vía administrativa como presupuesto del proceso ante la Jurisdicción de Trabajo)*, cit., págs. 16, 20 y 21.

²⁸⁰ Para encontrar un ejemplo claro cabe remitir a STSJ Murcia 16 abril 1998.

²⁸¹ SSTCo 11/1998, de 13 de enero, o 10, 75 y 199/2001, de 21 de enero, 26 de marzo y 4 de octubre. En los Tribunales ordinarios, SSTSJ Murcia 16 abril 1998, País Vasco 26 junio 2001, Extremadura 28 noviembre 2002, Cantabria 9 abril 2004, Cataluña 10 junio 2004 o Andalucía/Sevilla 26 febrero 2008.

eventual ampliación de la demanda, procede dar cuenta de pronunciamientos que, a partir del indubitado conocimiento que el demandante tenía (o debía tener) de las circunstancias, no consideran que la presentación de la papeleta suspenda, en general, el plazo de caducidad, entendiéndose ejercitada extemporáneamente una segunda conciliación contra empresario distinto²⁸².

2- Durante el proceso de instancia: ampliación y trámite de admisión de la demanda

Al igual que para el supuesto precedente, la solución difiere radicalmente cuando se trate de error en la identificación del empresario y ausencia de alguno de los responsables solidarios. En el primer caso, y conforme a la nuevamente reiterada interpretación restrictiva del precepto en cuestión, el plazo para dirigirse contra el verdadero legitimado habrá, a buen seguro, caducado. Por el contrario, para los segundos es perfectamente posible la ampliación de la demanda, pues el plazo --conforme consta-- ha de entenderse suspendido para todos ellos, retomándose --que no iniciándose²⁸³-- desde que quede constancia de los otros existentes²⁸⁴; interpretación plenamente confirmada en vía judicial²⁸⁵. En este sentido, el art. 64.2.b) LPL exceptúa de la conciliación a aquellos supuestos en los cuales, iniciado el proceso, fuera necesario dirigir la demanda frente a personas distintas de las inicialmente demandadas y frente a las cuales no se hubiera intentado previamente. No obstante, procede hacer de inmediato dos precisiones: de un lado, la previsión puede operar no sólo antes del juicio²⁸⁶, sino en la propia vista, con suspensión de la misma al amparo del 83.1 LPL²⁸⁷; de otro, en la interpretación del precepto la doctrina está de acuerdo en identificar el supuesto con las situaciones de litisconsorcio pasivo necesario y excluir las propias del art. 103.2 LPL (pues, como quedó reflejado páginas atrás, se trataría de una nueva

²⁸² STSJ Andalucía/Málaga 4 junio 1999.

²⁸³ Conforme precisa la STSJ Canarias/Las Palmas 24 septiembre 2008.

²⁸⁴ STSJ Madrid 26 marzo 2007.

²⁸⁵ SSTs 24 julio 1989, 31 mayo 1998 y 4 marzo 1985. Seguida también, por ejemplo, en SSTSJ Galicia 6 marzo 2000 o 23 diciembre 2003, Cataluña 23 octubre 2002, Comunidad Valenciana 6 febrero y 11 abril 2002 y 4 julio 2003 o Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 29 junio 2007.

²⁸⁶ STSJ Galicia 23 diciembre 2003.

²⁸⁷ STSJ Madrid 26 marzo 2007.

demanda, un nuevo proceso y un nuevo demandado)²⁸⁸, pero nada impide aplicarlo también al litisconsorcio pasivo opcional²⁸⁹, por razones de economía procesal²⁹⁰ y de respeto a los principios de concentración y celeridad recogidos en el art. 74.1 LPL²⁹¹.

A pesar de lo antes expuesto, los Tribunales vienen precisando la regla del art. 64.2.a) LPL, así como la mencionada doctrina de entender suspendida la caducidad para todos con una interpretación variable en función de la diligencia del demandado²⁹² y del cumplimiento de los deberes de información impuestos a los empresarios para con los representantes o, en su defecto, con los propios trabajadores afectados (arts. 42.3 a7 ET para contratas, 44.4 a 10 ET para sucesiones o arts. 9, 12, 16 y 17 Ley 14/1994)²⁹³. En muestra paradigmática (aunque compartida, por ejemplo, para ETT y empresa usuaria²⁹⁴, sucesión de empresa²⁹⁵ o contratas²⁹⁶), se afirmaba “que no procede la caducidad de la acción de despido, pues las sucesivas ampliaciones de la demanda se hacen tan pronto como los trabajadores tienen conocimiento de la existencia de un posible grupo, por lo que esas sucesivas ampliaciones no constituyen una nueva demanda y por tanto, entiende esta Sala que la acción de despido no puede ser tachada de caduca [...] Cosa distinta sucede respecto al segundo supuesto, en el que la parte actora, advertida ya en la comparecencia judicial de la existencia de otras posibles empresas, demora la ampliación de la demanda mucho más allá de los cuatro días que la Ley (y el

²⁸⁸ MONTERO AROCA, J.; CARRATALÁ TERUEL, J.L.; y MADIIVILLA CRUZ, M.L.: *Proceso Laboral Práctico*, Cizur Menor (Aranzadi), 2003, pág. 233; MORENO VIDA, M.N.: “Artículo 64”, cit., pág. 421; en sentido contrario, incluyendo también este último supuesto, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Artículo 64”, cit., pág. 158.

²⁸⁹ SSTSJ La Rioja 4 diciembre 1991, País Vasco 25 noviembre 1993, Cataluña 29 marzo 1996 o Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 26 diciembre 2006.

²⁹⁰ CAVAS MATÍNEZ, F.: “Conciliación previa”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., Coord.): *Diccionario Procesal Social*, cit, pág. 82 .

²⁹¹ SSTSJ Comunidad Valenciana 17 diciembre 1996 y Extremadura 16 febrero 2006.

²⁹² Como pleclaro ejemplo, con una triple suspensión instada, STSJ Cataluña 18 junio 2001.

²⁹³ Circunstancia especialmente notoria en SSTSJ Castilla y León/Valladolid 13 enero 2004 o Castilla y León/Burgos 3 julio 2008.

²⁹⁴ STSJ Madrid 19 febrero 1998.

²⁹⁵ STSJ Asturias 17 mayo 1996; en parecido sentido, SSTSJ Andalucía/Málaga 4 junio 1999 o Galicia 24 septiembre 2001 y 29 abril 2009.

²⁹⁶ STSJ Madrid 24 enero 2003; ejemplar, al respecto, la STSJ Andalucía/Granada 12 noviembre 1996.

Juzgado en su proveído) le confiere, por lo que el incumplimiento de ese término impide el efecto conservacionista”²⁹⁷.

Centrando la atención en la oposición a la ampliación de la demanda, corresponderá al demandado acreditar que el actor conocía con anterioridad a la fecha en la cual aquél efectúa su solicitud la existencia de otro u otros empresarios, volviendo aquí a adquirir especial relevancia el cumplimiento de las obligaciones de información; elemento de convicción imprescindible que, si no aportado de manera inequívoca (o impugnada su denegación en tiempo y forma), enervará la viabilidad de cualquier ulterior recurso frente a la decisión judicial concediendo cuanto instó el actor²⁹⁸.

Por cuanto hace al trámite de admisión de la demanda, el principio de oralidad predicable del proceso laboral presenta una notable excepción al comienzo de su fase estrictamente judicial, pues el acto que la antecede y promueve --la demanda-- ha de ser necesariamente formulado por escrito. Más en concreto, en la especialidad del despido, y a partir de la aplicación conjunta de los arts. 80 y 103 LPL, su validez queda condicionada a la observancia de un amplio elenco de formalidades y contenidos, entre los cuales quedan incluidos --por cuanto importa al objeto del presente estudio-- los domicilios, nombres y apellidos o denominación social de cuantos “interesados” deban ser llamados, mención que ha de entenderse referida tanto al demandado o demandados como a otros sujetos sin condición de parte pero con relevancia en este tipo de pleitos, significativamente el Fondo de Garantía Salarial (cuando la demanda se plantea contra empresas incursas en procedimientos concursales, declaradas insolventes o desaparecidas, a partir del art. 23.2 ET) o el Ministerio Fiscal (de alegar vulneración de la libertad sindical, si tal es el caso, ex art. 175.3 LPL).

Como garantía para el demandante de que, salvo supuestos extremos, los eventuales vicios formales no serán causa para desestimar sus pretensiones, el art. 81.1 LPL dispone que, apreciado algún defecto, el Secretario judicial advertirá, por medio de diligencia, a la parte a fin de que lo subsane dentro del plazo de cuatro días, con apercibimiento de que, si no lo hiciera, dará cuenta al Juez para que resuelva sobre su admisión, el cual, de ratificar la carencia detectada por el Secretario, ordenará

²⁹⁷ STSJ Canarias/Las Palmas 26 diciembre 2006; en igual sentido, pero con matices particulares, STSJ Cataluña 4 octubre 2005.

²⁹⁸ STSJ Madrid 21 febrero 2005.

mediante auto el archivo de las actuaciones²⁹⁹; ambas resoluciones --aun cuando lo normal será atacar la segunda-- resultan recurribles en reposición (art. 184.1 y 2 LPL), contra cuya decisión no cabrá ulterior recurso (art. 185.5 LPL).

Conviene no olvidar, a este respecto, la consolidada doctrina sobre el trámite de subsanación derivada de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, los cuales, bajo criterios de flexibilidad, tratan de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24 CE³⁰⁰. En primer lugar, antepone una serie de premisas de partida precisando, de un lado, que su existencia es constitucionalmente inobjetable por responder a una finalidad razonable y necesaria, incluso respecto de la brevedad del plazo establecido, acorde con el principio de celeridad que preside los procesos laborales; de otro, que se trata no de una mera facultad, sino de una auténtica obligación legal del órgano judicial dirigida a garantizar que los importantes derechos de fondo deducidos en una demanda laboral no resulten ineficaces por el juego riguroso y formalista de la falta o defecto de los requisitos formales³⁰¹. Sea como fuere, el precepto parece circunscribir el ámbito de la subsanación a defectos de tipo formal y al incumplimiento de los requisitos generales y específicos de la demanda establecidos en la LPL; no obstante, una antigua línea jurisprudencial social surgida al amparo de los precedentes normativos, respaldada por la constitucional y aplicada a la versión de 1990, ha venido entendiendo que el juzgador, de oficio y a través de este cauce, debe velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal, a fin de conseguir, salvaguardando el principio de audiencia bilateral, que la cosa juzgada material despliegue sus efectos y evitar así eventuales fallos contradictorios sobre un mismo asunto³⁰².

²⁹⁹ Lo cual supone, al tiempo, al agotamiento del plazo de caducidad, STS 18 diciembre 2008 y STSJ Murcia 11 enero 2010.

³⁰⁰ Entre muchas otras, SSTCo 13/1981, de 22 de abril; 79/1985, de 3 de julio; 118/1987, de 8 de julio; 216/1989, de 21 de diciembre; 25/1991, de 11 de febrero; 65/1993, de 1 de marzo; 335/1994, de 19 de diciembre; 112/1997, de 3 de junio; 130/1998, de 16 de junio; 207/1998, de 26 de octubre; 16/1999, de 22 de febrero; o 203/2004, de 16 de noviembre.

³⁰¹ STCo 130/1998, de 16 de junio.

³⁰² Como brillantemente expone VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Artículo 81", en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, N. y GALLEGO MORALES, A.J., Dirs): *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, T. I, cit., págs. 532 y 533. Una muestra de la doctrina en SSTs 15 diciembre 1987; 14 marzo, 19 septiembre y 22 diciembre 1988; 24 febrero, 17 julio y 1 y 11 diciembre 1989 o 19 mayo 1992. Dando por zanjado el asunto, STSJ Navarra 29 abril 1998.

El problema viene dado porque en los procesos de despido en los cuales existan o puedan existir diversos demandados, no median --según ya ha quedado anticipado-- un litisconsorcio pasivo necesario, sino sólo voluntario (o, de preferirlo, sólo “cuasinecesario”³⁰³), en tanto --procede insistir-- ninguna disposición legal exige indefectiblemente el llamamiento como parte a los diversos responsables solidarios, de forma que al Juez de instancia “no le compete controlar *ab initio* el cumplimiento de todos los presupuestos procesales exigibles, entre ellos la indagación de las personas que por ser titulares aparentes de un derecho susceptible de ser desconocido deben ser traídas al proceso, entre otras razones porque su conocimiento anticipado al momento de presentación de la demanda se hace imposible en ocasiones y sólo en fases más avanzadas del procedimiento, una vez realizada la actividad probatoria, se revela la necesidad de su vocación a juicio”³⁰⁴; al tiempo, parece hartamente complejo que el juzgador pueda tener conocimiento de un error del accionante sobre la persona del demandado. En tales ocasiones, corresponderá a la parte tener la diligencia suficiente para dirigir la demanda y designar en ella a la persona correcta o a cuantos entienda pueden ser condenados o, en su defecto, hacerlo válidamente en este eventual trámite de subsanación del art. 81.1 LPL, si existiera, en tanto en cuanto no procede apreciar la caducidad de la acción de despido cuando las sucesivas ampliaciones de la demanda hubieran sido realizadas tan pronto como el trabajador tuviera conocimiento (o hubiera podido tenerlo si hubiera obrado de manera diligente³⁰⁵) de la existencia de otros legitimados pasivamente, por lo que aquéllas no constituyen una nueva demanda³⁰⁶ y queda exceptuado el trámite de conciliación conforme al art. 64.2.b) LPL³⁰⁷. Cuestión distinta será cuando desde el primer momento tenía constancia de todos los responsables³⁰⁸, “respecto al supuesto en el que el actor, advertido ya en la

³⁰³ STSJ País Vasco 15 abril 1998; *contra*, para advertir sobre la falta de claridad en tal determinación, basta el razonamiento contenido, defendiendo su carácter necesario, en la STSJ Cataluña 22 marzo 2002.

³⁰⁴ SSTs 15 diciembre 1980 y 5 mayo 2000.

³⁰⁵ STSJ Madrid 10 abril 2003.

³⁰⁶ SSTs 31 mayo 1988 o 22 diciembre 1989 y SSTSJ Asturias 17 mayo 1996 o Galicia 23 diciembre 2003; *contra*, SSTSJ Madrid 7 marzo 2004 y 21 febrero 2005.

³⁰⁷ SSTSJ Cataluña 22 marzo 2002 o Galicia 7 marzo 2005.

³⁰⁸ Donde el reducido plazo de caducidad a buen seguro transcurrirá inexorablemente respecto de los sujetos omitidos, SSTSJ Cataluña 18 junio 2001 o Castilla y León/Burgos 3 julio 2008.

comparecencia judicial de la existencia de otros posibles [responsables], demora la ampliación de la demanda mucho más allá de los cuatro días que la Ley (y el Juzgado en su proveído) le confiere, por lo que el incumplimiento de ese término otorgado impide el efecto conservacionista”³⁰⁹, o, en fin, si hubiera podido identificar, a partir de la documental incorporada a los autos por el demandado la verdadera identidad (simple o compleja) de su empresario³¹⁰.

3.- En vía de recurso y ejecución

Una vez dictada sentencia, durante mucho tiempo ha permanecido o ha seguido proyectándose³¹¹ la confusión entre el error en la identificación del empresario contemplada en el art. 103.2 LPL y los defectos en su identificación (ya originarios, ya sobrevenidos), llegando a propugnar la aplicación de aquel precepto en vía de recurso o, incluso (“aunque se trate de un supuesto excepcional e insólito”), en ejecución de sentencias³¹². Manteniendo la coherencia en el planteamiento aquí realizado, procederá negar que el verdadero error *in contemplatione domini* pueda seguir actuando tras la sentencia de instancia, pues, por definición (“en el juicio”), habrá transcurrido el momento procesal oportuno para invocarlo; además, y sobre todo, conduciría a un absurdo jurídico, por cuanto, sin importar una declaración absolviendo o condenando al empresario, habrá desaparecido el supuesto de hecho habilitante.

Si el despido hubiera sido declarado improcedente o nulo, quien durante todo el proceso (y aun antes) ocultó su verdadera condición difícilmente podrá invocar ésta para en vía de recurso o de ejecución liberarse de sus obligaciones; igual sucede, pero con mayor claridad aún, cuando el empleador, verdadero o falso, hubiera sido absuelto: en el primer caso, porque no media duda judicial sobre su identidad y actuación conforme a derecho; en el segundo, porque el error constará ya en la sentencia, y desde ese mismo momento se abre el *dies a quo* para demandar a quien corresponda, descartando de raíz cualquier recurso por tal motivo. Pero cabría apurar hasta sus extremos las posibilidades

³⁰⁹ SSTSJ Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 26 diciembre 2006 y 29 junio 2007.

³¹⁰ STSJ Galicia 23 diciembre 2003.

³¹¹ Sirva el ejemplo contenido en la obra publicada este mismo año (y sus apoyos en pronunciamientos judiciales) por VALLE MUÑOZ, F.A.: “La errónea identificación del empresario en los despidos y sus efectos judiciales”, cit., pág. 12.

³¹² Dando cuenta de diferentes sentencias mostrando la extensión del precepto hasta ese punto, MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *El empresario aparente*, cit., págs. 86-87.

procesales. Fijarse en que el pronunciamiento judicial sobre la identidad del empresario constituye una decisión material o sustantiva, y no sólo procesal³¹³, motivo por el cual su impugnación (sea cual fuere el recurso empleado, casi siempre el de suplicación, aun cuando no cabrá descartar otros³¹⁴) impondrá a quien conozca del recurso entrar a resolver sobre el fondo del asunto, previo pronunciamiento sobre los hechos declarados probados, entre los cuales habrá de figurar (art. 107 LPL) el aspecto aquí estudiado. De todos los resultados posibles derivados de aquella modificación eventualmente aceptada, sólo cabrá volver a conjugar --con las mismas variantes-- el resultante ya dado: si la obtuviere el empleador (falso), y mostrare su oposición frontal a tal condición desde el inicio (lo contrario derivaría en una evidente temeridad procesal) es obvia la negligencia del trabajador que enerva la viabilidad de aplicar el precepto³¹⁵; si la consiguiera el empleado, nada sanaría tampoco su negligencia o su proceder material no amparado en Derecho en el caso concreto³¹⁶, menos aún cuando “el empresario es único y el mismo, aunque al parecer podría haber utilizado una denominación errónea para identificarlo”, sin perjuicio de las posibles acciones que el actor pudiera ejercitar en la ejecución de la sentencia dictada en el anterior procedimiento³¹⁷.

Distinto es el supuesto en el cual se intente completar una deficiente identificación del empresario, pero únicamente si ésta tiene lugar después de sentencia (en caso contrario operarán los medios solutorios significados), atendiendo al cambio en la titularidad de la unidad productiva desde aquel momento hasta la resolución del recurso. Ante tal eventualidad, sea en ejecución provisional o definitiva³¹⁸ (a través del trámite incidental del art. 236 LPL), sólo existirá una ampliación³¹⁹ o cambio de partes en un pleito resuelto³²⁰ cuyas derivas operan *ministerio legis*, sin más.

³¹³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Proceso especial de impugnación judicial del despido disciplinario”, cit., pág. 466.

³¹⁴ MEGINO FERNÁNDEZ, D.: *El incidente de nulidad de actuaciones*, Lisboa (Juruá), 2010, págs. 44 y ss.

³¹⁵ STSJ Aragón 27 diciembre 1999.

³¹⁶ STCT 17 enero 1989 o STSJ Cataluña 25 abril 1997.

³¹⁷ STSJ Cataluña 7 mayo 1998.

³¹⁸ STSJ Galicia 10 noviembre 1994.

³¹⁹ STSJ País Vasco 11 febrero 1998.

³²⁰ Baste traer a colación la conclusión, tras un extenso y magnífico razonamiento, alcanzada por la STS 24 febrero 1997.