

Roj: **STS 2711/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2711**Id Cendoj: **28079140012012100208**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **06/03/2012**Nº de Recurso: **1870/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **FERNANDO SALINAS MOLINA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Social, Galicia, Sección 1ª, 06-04-2011 (rec. 5636/2010) ,  
STS 2711/2012**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Marzo de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el " *COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS DA PROVINCIA DE PONTEVEDRA* ", representado por el Procurador Don Manuel Lanchares Perlado, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha 6-abril-2011 (rollo 5636/2010 ) en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada en fecha 30- junio-2010 (autos 196/2010) por el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo , en autos seguidos a instancia de Doña Palmira contra " *SOLUCIONES EN GESTIÓN DE TRABAJO TEMPORAL, E.T.T., S.L.*" ("*SOLGEST ETT, S.L.*") , " *ABSIDE RECURSOS HUMANOS, EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, S.A.* ", " *STAR ESPAÑA, EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, S.A.* ", " *CREYFS EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, S.A.* ", " *MANPOWER TEAM EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL* " y contra el referido Colegio ahora recurrente y con intervención del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA) sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrido " *SOLUCIONES EN GESTIÓN DE TRABAJO TEMPORAL, E.T.T., S.L.*" ("*SOLGEST ETT, S.L.*") , S.L.", representado y defendido por la Letrada Doña Carmen María Rodríguez Vázquez.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Fernando Salinas Molina** ,

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- El día 6 de abril de 2011 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia en virtud del recurso de suplicación nº 5636/2010 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo en los autos nº 196/2010, seguidos a instancia de Doña Palmira contra " *Soluciones en Gestión Temporal Empresa de Trabajo Temporal*" ("*Solgest ETT, S.L.*") , " *Abside Recursos Humanos, Empresa de Trabajo Temporal, S.A.* ", " *Star España, Empresa de Trabajo Temporal, S.A.* ", " *Creyfs Empresa de Trabajo Temporal, S.A.* ", " *Manpower Team Empresa de Trabajo Temporal* ", el " *Colegio Oficial de Farmacéuticos da Provincia de Pontevedra* " y con intervención del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) sobre despido. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, es del tenor literal siguiente: " *Que estimando parcialmente los recursos de suplicación interpuestos por Solgest ETT S.L., Colegio Oficial de Farmacéuticos Provincia Pontevedra y Manpower Team, ETT, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo con fecha 30- 6-2010, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución y con estimación de la excepción de falta de legitimación alegada por Manpower Team ETT procede su absolución y con desestimación de los recursos interpuestos por el Colegio de Farmacéuticos de Vigo y Gestión de Trabajo Temporal ETT confirmamos la sentencia recurrida en el resto de los pronunciamientos* ".



**SEGUNDO.-** La sentencia de instancia, de fecha 30 de junio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo , contenía los siguientes hechos probados: " *Primero.- Dª Palmira , cuya circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, ha venido prestando servicios para el Colegio de Farmacéuticos de Pontevedra, con la categoría de auxiliar administrativo y percibiendo una retribución mensual de 958,26€. Segundo.- la prestación de servicios se realizó a través de las siguientes empresas de trabajo temporal:*

*CREYFS ETT: 26.12.2001 a 9.01.2002, de 17.01.2002 a 20.01.2002, de 4.02.2002 a 8.02.2002, de 19.02.2002 a 20.02.2002, de 26.02.2002 a 8.03.2002, de 22.03.2002 a 10.05.2002, de 22.03.2002 a 31.05.2002, de 15.05.2002 a 10.07.2002*

*MANPOWER TEAM ETT: de 16.07.2002 a 21.10.2002, de 16.7.2002 a 9.01.2003, de 16.12.2002 a 11.02.2003, de 17.02.2003 a 10.03.2003, de 17.03.2003 a 9.04.2003, de 15.04.2003 a 12.05.2003*

*SOLUCIONES EN GESTIÓN TEMPORAL ETT: de 16.05.2003 a 8.10.2003, de 16.10.2003 a 22.10.2003, de 28.10.2003 a 11.11.2003, de 17.11.2003 a 5.12.2003, de 12.12.2003 a 12.01.2004, de 16.01.2004 a 6.02.2004, de 16.02.2004 a 8.03.2004, de 15.03.2004 a 11.05.2004, de 18.05.2004 a 8.06.2004, de 15.06.2004 a 6.07.2004, de 15.07.2004 a 20.07.2004, de 28.07.2004 a 8.10.2004, de 18.10.2004 a 10.01.2005, de 17.01.2005 a 9.06.2005, de 13.06.2005 a 11.01.2006, de 23.01.2006 a 10.03.2006, de 20.03.2006 a 12.04.2006 de 18.04.2006 a 10.05.2006, de 16.05.2006 a 6.06.2006, de 13.06.2006 a 21.05.2006, de 1.07.2006 a 7.07.2006*

*ABSIDE RECURSOS HUMANOS ETT: de 14.08.2006 a 29.08.2006, de 30.08.2006 a 8.09.2006, de 11.09.2006 a 26.09.2006, de 27.09.2006 a 14.07.2007, de 23.07.2007 a 29.09.2007, de 12.05.2008 a 11.07.2008, de 14.07.2008 a 14.09.2008, de 29.09.2008 a 30.11.2008*

*SOLUCIONES EN GESTIÓN TEMPORAL ETT: de 1.12.2008 a 13.03.2009, de 16.03.2009 a 29.05.2009, de 1.06.2009 a 29.10.2009, de 4.01.2010 a 14.01.2010*

*Tercero.- La actora, junto con otras trabajadoras cedidas por ETT y personal del propio Colegio, introducía y grababa los datos de las recetas de la Seguridad Social en el programa informático del Colegio , en las instalaciones de éste y bajo las órdenes del propio Colegio.*

*Cuarto.- En fecha 14.01.2010, la empresa Soluciones Gestión Temporal S.L. entrega a la trabajadora carta de cese, firmando la nómina en la que se hacía constar que 'declaro que con la percepción de la liquidación practicada por Solgest ETT por fin de contrato he rescindido mis relaciones laborales con la empresa dándome por totalmente saldado y finiquitado a satisfacción, no adeudándome cantidad alguna por salarios, horas extraordinarias, gratificaciones reglamentarias o voluntarias, cualquier otro concepto derivado directa o indirectamente del contrato de trabajo que me unió con la empresa sin que por tanto tenga más nada que pedir ni reclamar por concepto alguno, tanto por vía judicial como extra judicial*



Quinto.- Se ha presentado en fecha 10.02.2010 papeleta de conciliación, que se celebró el 25.02.2010 ".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: " Que estimando la demanda que en materia de despido ha sido interpuesta por D<sup>a</sup> Palmira contra las empresas Soluciones en Gestión Temporal Empresa de Trabajo Temporal, Abside Recursos Humanos Empresa de Trabajo Temporal, Creyfs Trabajo Temporal, Manpower Team Empresa de Trabajo Temporal y Colegio de Farmacéuticos de Vigo debo declarar y declaro la improcedencia del despido de fecha 14.01.2010 condenando solidariamente a las empresa en a que el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opten entre la readmisión de la trabajadora (en la empresa que elija la trabajadora) o abonarle la indemnización de 11.618,902 €, opción que deberá ejercitar mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado en el plazo indicado y sin esperar la firmeza de la presente sentencia ya que abone los salarios de trámite desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de esta resolución, a razón de 31,942 euros día, con absolución de Star España Empresa de Trabajo Temporal. Todo ello con intervención del Fondo de Garantía Salarial ".

**TERCERO.-** Por el Procurador Don Manuel Lanchares Perlado, en representación del " Colegio Oficial de Farmacéuticos da Provincia de Pontevedra ", mediante escrito con fecha de entrada al Registro de este Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2011, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 17-diciembre-2010 (rollo 4047/2010 ). SEGUNDO.- Alega infracción de lo dispuesto en el art. 64.2 b), así como el 103.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL ).

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 22 de septiembre de 2011 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida, " Soluciones en Gestión de Trabajo Temporal, E.T.T., S.L.", ("Solgest ETT, S.L."), representado y defendido por la Letrada Doña Carmen María Rodríguez Vázquez para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 29 de febrero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar que acontece jurídicamente si, una vez presentada la demanda de despido en plazo contra quien aparece formalmente como empleador y ha efectuado la extinción contractual impugnada, previo el oportuno intento de conciliación extrajudicial, resultara que de las alegaciones de las partes pudiera ser también verdadero empresario un tercero no inicialmente demandado, efectuándose por la parte actora la ampliación de la demanda contra éste transcurridos ya los veinte días hábiles desde el despido, y, en concreto, si cabe considerar caducada la acción de despido por el mero hecho de que el trabajador demandante hubiera venido prestando sus servicios en el centro de trabajo del nuevo demandado aunque no haya constancia cierta de que conociera en el momento del despido, siquiera de forma mínima pero suficiente para justificar su pretensión, los vínculos reales o las ilegalidades jurídicas de las relaciones entre las partes.

**2.-** La sentencia recurrida ( STSJ/Galicia 6-abril-2011 -rollo 5636/2010 ), confirmatoria en parte de la de instancia (SJS/Vigo nº 3 30-junio-2010 -autos 196/2010 ), condena solidariamente por despido improcedente a la última de las empresas de trabajo temporal que había contratado a la demandante materializando la extinción contractual y al Colegio Oficial de Farmacéuticos, ulteriormente demandado a instancia de una de las empresas de trabajo temporal, y en cuyos locales, como empresa usuaria, la actora había venido prestando sus servicios ininterrumpidamente bajo la cobertura de sucesivos contratos con diversas empresas de tal carácter desde el 26-12-2001, por entender había existido un supuesto de cesión ilegal por utilización fraudulenta de los contratos de puesta a disposición, rechazando la excepción de caducidad opuesta por el referido Colegio " por aplicación de la teoría del empresario aparente que conforme al citado art. 64.2.b), se amplía la demanda frente a la empresa Colegio de farmacéuticos de Pontevedra porque es el empresario real y no solo la empresa usuaria, como se determinará por la existencia de la cesión ilegal ".

**3.-** El Colegio recurrente en casación, en el exclusivo extremo de la no apreciación de la excepción de caducidad, invoca como contradictoria una sentencia de suplicación ( STSJ/Galicia 17-diciembre-2010 -rollo 4047/2010 ) en la que en un supuesto de hecho análogo de otra trabajadora de la propia empresa de trabajo temporal y que había venido prestando sus servicios largo tiempo en el mismo Colegio de Farmacéuticos con ampliación de la demanda frente a este último una vez transcurrido el plazo veinte días desde la notificación de la extinción contractual, llega a solución contraria que la contenida en la sentencia ahora impugnada, estimando la excepción de caducidad, argumentando, en esencia, que la ampliación posterior fue debida a un



error de derecho y no de hecho, y que " *la actora conocía perfectamente la cualidad de empresario del Colegio demandado en el momento del despido, haciendo constar en demanda que todos los contratos fueron para prestar servicios en aquél, no hallándonos así ante el supuesto de excepción a la caducidad que regula el artículo 103.2 de la LPL por hallazgo de empresario sobrevenido a la interposición de la demanda, ya que en el momento en que ésta se interpuso se conocían todos los hechos en los que se fundamentó la posterior ampliación de demanda frente al Colegio de Farmacéuticos* " .

4.- Concorre, por lo expuesto y como destaca el Ministerio Fiscal en su informe, el requisito o presupuesto de contradicción exigido en el art. 217 LPL para viabilizar el presente recurso de casación unificadora.

**SEGUNDO .- 1 .-** Con carácter previo el Ministerio Fiscal analiza detalladamente en su informe y destaca que en el escrito de interposición de recurso, por una parte, no se ofrece argumentación sobre la concurrencia de las identidades ofrecidas, limitándose a copiar las fundamentaciones de la sentencia recurrida y la de contraste; y que, por otra parte, tampoco contiene la fundamentación legal de la infracción cometida, limitándose a mencionar la infracción supuesta ( art. 64.2.b en relación con art. 103.2 LPL y 59.3 ET ) pero sin explicar en que ha consistido la alegada vulneración. Pudiendo adicionarse a estos defectos formales, entendemos, los del escrito de preparación en el que no se habría efectuado una clara exposición sucinta de la concurrencia de los requisitos exigidos y, derivadamente, no se exponen cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción.

2.- No obstante, en una interpretación flexible en la concurrencia de los requisitos exigidos para los escritos de preparación y de interposición del recurso, puede entenderse que, si bien de una manera exigua, existen datos y razonamientos mínimos pero suficientes que permiten conocer la cuestión jurídica planteada.

**TERCERO.- 1.-** Contenían los arts. 64.2.b ) y 103.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL ), vigente en la fecha de los hechos, una exclusión genérica del requisito del intento de conciliación extrajudicial en el art. 64.2.b) LPL y una exclusión específica, tanto de dicho presupuesto preprocesal como de la concurrencia del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de despido, en el art. 103.2 LPL .

2.- Disponiéndose en el primero de dichos preceptos que se exceptúan del requisito previo del intento de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones " *Los supuestos en que, iniciado el proceso, fuere necesario dirigir la demanda frente a personas distintas de las inicialmente demandadas* "; y en el segundo de ellos que " *Si se promoviese demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiere atribuido la cualidad 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 del plazo de caducidad hasta el momento en que conste quién sea el empresario* " .

3.- En la ahora vigente Ley reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011 de 10 de octubre -LRJS), se mantienen ambos principios, matizando el primero para comprender expresamente los normales supuestos de ampliación de la demanda (art. 64.2.b LRJS: " *Los supuestos en que, en cualquier momento del proceso, después de haber dirigido la papeleta o la demanda contra personas determinadas, fuera necesario dirigir o ampliar la misma frente a personas distintas de las inicialmente demandadas* "), y extendiendo el segundo, para evitar dilaciones, a la referida acreditación en momentos anteriores al juicio y también de forma expresa a los supuestos de ampliación de la demanda (art. 103.2 LRJS: " *Si se promoviese papeleta de conciliación o solicitud de mediación, reclamación previa o demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiere atribuido la cualidad de empresario, y se acreditase con posterioridad, sea en el juicio o en otro momento anterior del proceso, que lo era un tercero, el trabajador podrá promover nueva demanda contra éste, o ampliar la demanda si no se hubiera celebrado el juicio, sin que comience el cómputo del plazo de caducidad hasta el momento en que conste quién sea el empresario* " ).

**CUARTO.- 1.-** En el supuesto enjuiciado la trabajadora demandó inicialmente a la empresa de trabajo temporal con la que había suscrito el último contrato de trabajo y que procedió directamente a decretar su extinción contractual impugnada, así como a otras empresas de trabajo temporal que le habían precedido en su contratación, pretendiendo que se declarara el carácter indefinido de su contrato y por ello la improcedencia del despido, y es luego, a instancia de una de las empresas de trabajo temporal inicialmente codemandadas, cuando amplía la demanda contra la empresa usuaria y se alteran los fundamentos de su pretensión incluyendo a esta última entidad por alegada cesión ilegal, una vez transcurridos más de veinte días hábiles desde la notificación del despido.

2.- Ante tales hechos y circunstancias, no puede afirmarse, como efectúa la sentencia invocada como de contraste, que en éste o similares supuestos los trabajadores de las empresas de trabajo temporal conozcan o deban conocer perfectamente desde el momento mismo del despido la condición de empresario verdadero de la empresa usuaria, pues, sin otros datos, el fraude no se presume ni la concurrencia de los presupuestos de una cesión ilegal puede entenderse deban tenerse por existentes cuando se trata de una conducta ilegal.





3.- De aplicarse la tesis que defiende la sentencia de contraste, los preceptos procesales cuya infracción se invoca por la recurrente, como observa la parte impugnante, serían inaplicables; y, por otra parte, obligaría a que en todo juicio de despido, para no perder el trabajador despedido sus posibles derechos de detectarse posteriormente la existencia de un verdadero empresario, junto con el empresario formal o con independencia del inicialmente demandado como tal, tuviera que demandarse por despido necesariamente por los trabajadores de empresas de trabajo temporal, además de a éstas, a las empresas usuarias, o, en otros casos, también a quienes sospecharan o recelaran los demandantes que pudieran, a lo largo del proceso y antes del juicio, resultar ser sus verdaderos empresarios (integrantes de un grupo de empresas, socios que entendieran pudieran haber abusado de la estructura formal de la sociedad en su provecho o empresario principal y la cadena de empresas subcontratistas, entre otros), lo que comportaría graves disfunciones y perjuicios, no siendo ésta la finalidad de la norma que tiende a la determinación del empresario verdadero para que este asuma sus responsabilidades sin ampararse en su inicial ocultación para eludir sus responsabilidades a través del instituto de la caducidad.

4.- Además, el supuesto ahora analizado es distinto del contemplado en la STS/IV 15-noviembre-2006 (rcud 2764/2005), -- en la que se constata que el despido tenía datos suficientes en la fecha del despido para poder dirigir la demanda contra la empresa adquirente del puesto del mercado, en el que incluso continuó trabajando tras la transmisión --, y en la que se parte de unos hechos consistentes, en esencia, en que en un despido objetivo se despide al trabajador por su formal empleadora el día 18-02- 2004 con efectos desde el día 19-03-2004, por haber vendido a una tercera empresa el puesto del mercado en que prestaba sus servicios el 16-12-2003 y haber entregado dicho puesto en el mes de enero al comprador, amortizando el puesto, cuando constaba que el trabajador había continuado prestando servicios en el mismo puesto hasta la fecha de su cese (fundamento de derecho primero), así como que según el " *el art. 35 del Convenio Colectivo de Mayoristas de Pescados estipula que «el traspaso o venta de empresa no será motivo de extinción de la relación laboral, quedando el nuevo propietario obligado a mantener, como mínimo, las mismas condiciones económicas y sociales que los trabajadores venían disfrutando»* "; y se argumenta, en esencia, que el actor conocía con anterioridad a la fecha en que solicita la ampliación de la demanda la transmisión del puesto del mercado a una tercera empresa " y que *-se afirma con valor fáctico en el fundamento segundo, in fine- «el actor continuó prestando sus servicios en el mismo lugar de trabajo una vez realizada la transmisión sin que se le comunicara la extinción de su contrato hasta transcurrido más de un mes desde que la nueva empresaria se hiciera cargo del puesto y dos meses después de realizada la compraventa»* ", concluyendo que " *es claro que el trabajador tuvo conocimiento de la transmisión desde la misma fecha en que la misma se materializó en 15/Enero, de manera que desde la misma fecha en que le fue comunicado su despido objetivo [18/Febrero] pudo haber dirigido su demanda contra la adquirente ..., por lo que la ampliación de la demanda -dirigiéndola contra ella- en 11/Junio fue palmariamente extemporánea y desajustada a la prevención temporal de los arts. 59.3 ET y 103 LPL, infringidos por la sentencia recurrida* ", al tiempo que advierte, lo que resulta trascendente a estos fines, que no se trató " *del simple problema de que se desconociese el negocio de la transmisión [el trabajador tuvo cumplido conocimiento de ella, ...], sino más bien el posible error jurídico de no haber considerado desde el principio la posibilidad de que frente al cese respondiese la nueva adquirente del puesto de venta* " .

**QUINTO.- 1.-** En definitiva, en el presente caso cabe concluir que la tesis jurídicamente correcta es la reflejada en la sentencia recurrida, y que, por ello, la doctrina, deducible de los preceptos procesales citados como infringidos, obliga a entender que, una vez presentada la demanda de despido en plazo contra quien aparece formalmente como empleador y ha efectuado la extinción contractual impugnada, previo el oportuno intento de conciliación extrajudicial, si resulta que de las alegaciones de las partes pudiera ser también verdadero empresario un tercero no inicialmente demandado, efectuándose por la parte actora la ampliación de la demanda contra éste transcurridos ya los veinte días hábiles desde el despido, no cabe considerar caducada la acción de despido por el mero hecho de que el trabajador demandante hubiera venido prestando sus servicios en el centro de trabajo del nuevo demandado de no existir constancia cierta de que conociera en el momento del despido, si quiera de forma mínima pero suficiente para justificar su pretensión, los vínculos reales o las ilegalidades jurídicas de las relaciones entre las partes.

2.- Por todo lo expuesto, y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso, confirmando la sentencia impugnada; con imposición de costas a la parte recurrente, acordando la pérdida del depósito y el destino legal para la consignación o aseguramiento ( arts. 226.3 y 233.1 LPL ).

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

**FALLAMOS**



Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el " *COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS DA PROVINCIA DE PONTEVEDRA* ", contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha 6-abril-2011 (rollo 5636/2010 ) en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada en fecha 30-junio-2010 (autos 196/2010) por el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo, en autos seguidos a instancia de Doña Palmira contra " *SOLUCIONES EN GESTIÓN DE TRABAJO TEMPORAL, E.T.T., S.L.*" ("*SOLGEST ETT, S.L.*") , " *ABSIDE RECURSOS HUMANOS, EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, S.A.* ", " *STAR ESPAÑA, EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL* ", " *CREYFS EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, S.A.* ", " *MANPOWER TEAM EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL* " y contra el referido Colegio ahora recurrente y con intervención del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL; con imposición de costas a la parte recurrente, acordando la pérdida del depósito y el destino legal para la consignación o aseguramiento.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto Particular

### **VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, de conformidad con lo**

establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con la sentencia de 6 de marzo de 2012, dictada en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina nº 1870/11.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 1870/11, en el que expreso con total respeto, mi discrepancia respecto del criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala al resolver las cuestiones que se suscitan en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sosteniendo la posición que mantuve en la deliberación.

Mi discrepancia con el criterio mayoritario que estima que no caducó la acción por despido contra la empresa usuaria, se funda en que creo que el artículo 103-2 de la Ley de Procedimiento Laboral no es aplicable a supuestos como el presente, ya que, el error al que se refiere el citado precepto, norma en la que básicamente se funda la resolución de la que discrepo, es el error de hecho y no el de derecho, máxime cuando el error de derecho no es excusable, cual acaece con el que nos ocupa.

1. Inaplicación del artículo 103-2 al presente caso. En este precepto se dice: "*Si se promoviese demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiere atribuido la cualidad 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 del plazo de caducidad hasta el momento en que conste quién sea el empresario*". Del tenor literal de esta norma, coincidente con su homónima de la L.R.J.S. de 10 de octubre de 2010, salvo que esta incluye los supuestos de ampliación de la demanda, se deriva que la misma se aplica cuando se promueve "demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiese atribuido la cualidad de empresario, y se acreditase... que lo era un tercero...", pero no en casos como el presente en el que la demanda se dirigió contra la empresa de trabajo temporal que contrató a la actora, suscribió con ella el contrato, la dió de alta en la Seguridad Social, cotizó por ella y le abonó los salarios correspondientes ( artículos 10 y 12-1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio y 15 del R.D. 4/1995 de 13 de enero que la desarrolla). Los diferentes contratos suscritos sin solución de continuidad fueron enumerados en la demanda, donde se alegó la existencia de fraude en la contratación por violación del artículo 6 de la Ley 14/1994 y se pidió que se declarara que el contrato era indefinido y, por ende, que el cese era improcedente con expresa condena por despido improcedente de la empresa de trabajo temporal empleadora. Por tanto, no puede estimarse que la demanda, erróneamente, se dirigió contra quien no era empresario, pues fue demandado el empresario contratante. Cuestión distinta es que pudiera existir otro empresario responsable (ex art. 43 del E.T. o con base en el art. 16-3 de la Ley 14/1994 ), pero ello no empece el hecho de que no hubo error en la atribución de la cualidad de empresaria a la empresa de trabajo temporal demandada, lo que conlleva la inaplicación del analizado art. 103-2, máxime cuando se accionó por despido contra la decisión de la E.T. y no por cesión ilegal, ni exigiendo la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria. Además la empresa usuaria no es el tercero al que se refiere la norma estudiada, precepto que considera tercero a quien aparentemente es ajeno, no al proceso, sino a la relación entre las partes entre quienes se constituye la relación laboral, condición que no tiene la empresa usuaria, pues en el "contrato de puesta a disposición" existe una relación trilateral (E.T.T.-trabajador, trabajador-empresa usuaria y E.T.T.-empresa usuaria) que impide considerar tercero al mismo a la empresa usuaria.



La doctrina relativa a la inaplicación del artículo 103-2 de la L.P.L. a supuestos como el que nos ocupa, demanda dirigida contra la empleadora, aunque no contra todos los que podían ser demandados, ya fue establecida por esta Sala en sentencias de 15 de octubre y 11 de diciembre de 1987, dictadas en aplicación del art. 99 de la L.P.L. de 1980, precepto que contenía igual redacción que el aplicable en el presente caso. La sentencia de la que se discrepa se aparta de este criterio jurisprudencial sin justificar el cambio de criterio.

2. El error al que la norma se refiere es el de hecho y no el de derecho. Además, el error, caso de haber existido y no deberse a otros intereses, fue de derecho y no de hecho, porque el trabajador y su letrado conocían los contratos suscritos con la E.T.T. demandada, lo que suponía que conocían la naturaleza del contrato de puesta a disposición, la empresa usuaria y demás datos que deben figurar en el contrato según el art. 15 del R.D. 4/1995. Ello les facilitó conocer la normativa aplicable y lo dispuesto en los artículos 6 y 16-3 de la Ley 14/1994, sobre la duración máxima de los contratos y la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria en caso de incumplirse las disposiciones del citado artículo 6, así como su responsabilidad para el pago de la indemnización por despido, sin que, por otro lado, desconocieran quien era la empresa usuaria, quien organizaba y dirigía el trabajo y quien ocupaba a la actora en satisfacer necesidades permanentes. Por ello, no puede hablarse de error de hecho, sino de derecho en la calificación de las responsabilidades de la empresa usuaria. Y si el error fue jurídico no se justifica la conducta de la actora, ni puede estimarse que interrumpiera el plazo de caducidad de la acción por despido. En este sentido el último párrafo del fundamento Cuarto de la Sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 2006 (Rec. 2764/05) y las sentencias de esta Sala de 15 de octubre de 1987 (RJ 1987/7013) en su último párrafo y la de 11 de diciembre de 1987 (RJ 1987/8892).

Sobre el error de derecho conviene recordar que, conforme al artículo 6-1 del Código Civil, la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento y que el error de derecho, según ese precepto, produce sólo los efectos que las leyes determinen. Este mandato supone que el "error iuris", como falsa o equivocada representación de la realidad no favorece a quien ignora la ley o la interpreta de forma grosera o inexacta, salvo que ese error sea excusable, esto es que no pueda ser salvado usando una diligencia normal. Conforme al artículo 1.266 del Código Civil, el error sólo vicia el consentimiento cuando es excusable, cuando no se puede imputar a la negligencia de quien lo alega, pues si el error es inexcusable no puede afectar al consentimiento. Así lo ha entendido la Sala 1ª de este Tribunal Supremo en sus sentencias de 14 y 18 de febrero de 1994, 6 de noviembre de 1996, 30 de septiembre de 1999 y 24 de enero de 2003, entre otras, en las que ha señalado, que la jurisprudencia viene entendiendo que el error de derecho anula el consentimiento cuando es inexcusable, calificativo que no merece si "recae sobre las condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o se hubiera podido evitar el error con una normal diligencia".

En el presente caso la actora fue asistida de letrado, quien conoció lo dispuesto en el art. 6 de la Ley 14/1994 en relación con lo dispuesto en el art. 15 del E.T. y pidió por fraude de ley (ex art. 15-3) la conversión de los contratos en indefinidos sólo frente a la empresa de trabajo temporal y habiéndose producido el despido el 14 de enero de 2010 sólo amplió la demanda contra la empresa usuaria en mayo de 2010.

3. En atención a los razonamientos que preceden se ha debido estimar caducada la acción contra la empresa usuaria y estimar el recurso interpuesto por ella dejando subsistente la condena a la empresa de trabajo temporal.

En Madrid, a 6 de marzo de 2012

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina y el Voto Particular que formuló el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.