

# ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN LA SUBCONTRATACIÓN, EN RELACIÓN CON LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN POR DESPIDO

FRANCISCA FUENTES FERNÁNDEZ\*

## ÍNDICE

### 1. Introducción

2. Régimen jurídico de la responsabilidad solidaria de la empresa principal; 2.1. Alcance material de la responsabilidad: la discutida inclusión de los salarios de tramitación; 2.2. Acerca de la debatida naturaleza de los salarios de tramitación

3. Aspectos problemáticos de carácter procesal; 3.1. Acerca de los salarios de ejecución en los procesos de despido; 3.2. La exigencia de responsabilidad al empresario principal: determinación del cauce procesal adecuado

## 1. INTRODUCCIÓN

De todos es sabida la enorme expansión que en los últimos tiempos han venido experimentando en nuestro entorno laboral los fenómenos de descentralización productiva, también conocidos como *outsourcing*, cuyo denominador común es "la externalización o desplazamiento hacia entidades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se desarrollaban por una misma empresa"<sup>1</sup>; siendo la

\* Profesora Asociada de Derecho del Trabajo. Universidad de Huelva.

<sup>1</sup> Así es conceptuada esta figura por DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M., en "Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral", Relaciones Laborales, Nº 20/2000.

En parecidos términos, CRUZ VILLALÓN, J., quien la define como "una forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo", en "Descentralización productiva y sistema de Relaciones Labo-

subcontratación de obras y servicios una de las más frecuentes manifestaciones de este tipo de procesos<sup>2</sup>.

Los numerosos problemas que, desde el punto de vista de la relación laboral se detectan en torno a esta figura, unido a la litigiosidad que suscita, conducen a que en la actualidad, el análisis de los diversos aspectos vinculados a la misma constituya parte central de los debates surgidos en los distintos foros laborales.

## 2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA EMPRESA PRINCIPAL

### 2.1. Alcance material de la responsabilidad: de nuevo sobre la discutida inclusión de los salarios de tramitación

La contratación o subcontratación empresarial, como se sabe, es objeto de regulación por el ordenamiento jurídico laboral, con el fin de asegurar el lícito funcionamiento de la institución<sup>3</sup>, al tiempo que se trata de preservar los intereses, fundamentalmente de tipo económico, de los trabajadores contratados por la empresa auxiliar<sup>4</sup>.

rales", RTSS, n.º 13/1994, pág. 8; y en la ponencia "Outsourcing, contrata y subcontratas", X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, pág. 4.

<sup>2</sup> CASTILLO, J.J., "Las nuevas formas de organización del trabajo", en AA.VV. "Las nuevas formas de organización del trabajo, MTSS, 1991, pág. 30. Como señala LLANO SÁNCHEZ, M., "el recurso a la subcontratación...no es nuevo, aunque su rápido desarrollo en las últimas décadas, su extensión más allá de los sectores en que tradicionalmente ha existido..., hacen que este fenómeno se configure como uno de los modos de producción más característicos del actual sistema económico", en Responsabilidad empresarial en las contrata y subcontratas, La Ley, Colección Relaciones Laborales, 1999, pág. 4.

<sup>3</sup> La "obvia posibilidad de fraudes", así como "la problematicidad de tales fenómenos", es puesta de relieve por DEL REY GUANTER y LUQUE PARRA, op. cit., pág. 15; GARCÍA PIQUERAS, M.: Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contrata y subcontratas de obras y servicios, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1998, pág. 14. En este sentido, aunque es la complejidad del proceso productivo el factor habitualmente aludido como determinante del recurso a la subcontratación, lo cierto es que "la subcontratación tiene a veces como motivación principal o exclusiva la búsqueda por sí misma de la "exteriorización del empleo", mediante la cual, sin otra justificación técnica u organizativa, un empresario procura exonerarse de las responsabilidades laborales mediante su desplazamiento hacia las empresas contratistas (seudocontrata)" (STSJ del País Vasco de 22 de octubre de (1996 AS 3718).

<sup>4</sup> En esta dirección, VIDA SORIA, J. recuerda que "...se trataba de garantizar a los trabajadores sometidos al juego de las contrata, de las subcontratas, y -en otro precepto- de las cesiones de mano de obra (es decir, víctimas propiciatorias del prestamismo laboral...), la preservación de sus derechos laborales, frente a posibles maniobras frau-

En el propósito de lograr la efectividad de tales garantías, el ordenamiento laboral diseña un sistema de responsabilidades solidarias entre las empresas principal y contratista, que encuentra su plasmación en el art. 42 del TRET, convertido así en norma de referencia para el presente estudio.

El citado precepto consagra en su apdo. 2 un régimen de responsabilidad solidaria del empresario principal con respecto a "las obligaciones salariales y de Seguridad social que pudieran ser contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondiera si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo". De tal forma que el trabajador de la empresa contratista puede accionar frente a cualquiera de las empresas, principal o contratista, o frente a ambas de forma conjunta -que será lo habitual-, en el caso de reclamaciones por incumplimientos de carácter salarial.

Por tanto, como señala SEMPERE NAVARRO, la responsabilidad del empresario que decide solicitar el auxilio de otro para colaborar en su proceso productivo, asume una importante función garantista de los derechos que posean los trabajadores implicados en tal operación<sup>5</sup>.

Conviene advertir, antes de continuar, que el presente estudio no ambiciona realizar un análisis global acerca del régimen de responsabilidad contenido en el art. 42 ET, sino que éste se pretende circunscribir al ámbito material de aplicación del mismo; y más concretamente, se tratará acerca de su posible extensión a la obligación de abonar los salarios de tramitación por despido del trabajador subcontratado, en los casos legalmente establecidos; al tiempo que se pretende, ya en el plano procesal, reseñar diversos problemas de índole procedimental que plantea su aplicación práctica.

Si nos centramos en determinar el alcance material del art. 42.2 ET<sup>6</sup>, resulta evidente que la exclusiva mención a las "obligaciones de naturaleza

dulentas, que sirvieran de escape para la aplicación de las normas correspondientes", en el Prólogo a la obra de GARCÍA PIQUERAS, M., Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contrata y subcontratas de obras y servicios..., op. cit.; GARCÍA MURCIA, J. también advierte de los perjuicios que puede suponer para los trabajadores que en ella intervienen, que pueden nacer de insolvencias de la empresa contratista, en "El trabajo en contrata y la cesión de mano de obra en el ET", RPS n.º 130, 1981, pág. 10.

<sup>5</sup> A.S., Jurisprudencia Social, Septiembre 1998, pág. 15.

<sup>6</sup> Debe recordarse que los términos en los que aparece redactado el precepto son mucho más restrictivos que los de sus precedentes normativos -art. 4 del Decreto de 17 de diciembre de 1970 y art. 19 de la LRL-. Al respecto, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "La regulación protectora del trabajo en contrata", RPS, n.º 93, 1972, pág. 45 y GARCÍA MURCIA, J., "El trabajo en contrata y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", RPS n.º 130, pág. 46, para quienes la responsabilidad solidaria alcanzaba en la normativa anterior a todas las obligaciones derivadas de la relación de trabajo que pudiera contraer el contratista con sus trabajadores. Es indudable que ello supone una atenuación de la responsabilidad empresarial, como señala LLANO SÁNCHEZ, M., op. cit., pág. 229; lo que obedece al propósito "...de no obstaculizar el recurso a las formas de descentralización productiva...", según GALA DURÁN, C., "Aspectos problemáticos

salarial” no deja lugar a dudas, y permite afirmar, sin temor a equívoco, la exclusión de las deudas de carácter indemnizatorio del ámbito de aplicación del precepto; así se ha venido admitiendo de forma reiterada<sup>7</sup> aunque, como se ha apuntado por algunos autores, *no va a ser siempre fácil identificar la naturaleza salarial o extrasalarial de un determinado concepto...*<sup>8</sup>.

Así ocurre, sin ir más lejos, en lo referente al abono de los salarios de tramitación, donde la cuestión se torna especialmente controvertida; y ello es así en la medida en que la existencia de la cuestionada responsabilidad empresarial se halla en estrecha dependencia de la naturaleza atribuida a dichos salarios.

### 2.3. La debatida naturaleza de los salarios de tramitación

La cuestión planteada debe ponerse en relación, por lo tanto, con la naturaleza que se reconozca a los salarios de tramitación, cuya calificación resulta decisiva para determinar la extensión de la responsabilidad del empresario principal, en los términos que se han expuesto anteriormente.

Si bien es cierto que el problema señalado, al menos en el plano sustantivo, ha sido abordado en diversos estudios doctrinales; no obstante, la situación de inseguridad generada a la hora de la aplicación práctica de tales preceptos, derivada, por una parte, de la imprecisión de que adolece la norma, y agravada por otra parte, ante la dificultad de extraer un criterio homogéneo de los diversos pronunciamientos judiciales, hace que la cuestión suscite un interés permanente.

Como es sabido, el deber de abonar los salarios de tramitación, es uno de los efectos que desencadena tanto la declaración de nulidad del despido, que “tendrá el efecto de la readmisión del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir” (art. 55.6 E.T.), como la declaración de improcedencia del mismo, imponiéndose en este caso la obligación de abonar “una cantidad igual a los salarios los dejados de percibir desde la fecha en que se produjo el despido hasta la notificación de la sentencia (art.56.1 b) E.T.”<sup>9</sup>, y en los mismos términos, el art. 110.1 de la Ley de Procedimiento Laboral).

de la responsabilidad salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras o servicios”, Relaciones Laborales, 2000, nº 1, pág. 14.

<sup>7</sup> Vid. BORRAJO DACRUZ, E., Prólogo de la obra de LLANO SÁNCHEZ, op. cit.; GARCÍA MURCIA, J., op. cit., pág. 47; CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, Relaciones Laborales, tomo I-1992, págs.32 y ss.; LLANO SÁNCHEZ, M., op. cit., págs. 232 y ss., entre otros. En este sentido, basta citar la STS de 7 de Julio de 1994 (Ar. 6351) y más recientemente, las SSTSJ Andalucía (Granada) de 19 de noviembre de 1997 (AR 4895) y Andalucía (Sevilla) de 30 de octubre de 1998; STS de 19 de enero de 1998.

<sup>8</sup> GALA DURÁN, C., op. cit., pág. 25. En parecidos términos, LLANO SÁNCHEZ, M. Op. cit., pág. 231.

<sup>9</sup> La norma contempla también el deber del empresario de mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social durante este período de tiempo (extremo introducido por la Ley 11/94).

Debe tenerse en cuenta que también el art. 33 ET, a efectos de la intervención del Fondo de Garantía Salarial, habla de “indemnización complementaria” para, a continuación, equipararlos al salario.

No hay que olvidar, por otro lado, que la regulación sustantiva debe completarse con las previsiones relativas al plano procesal, y especialmente en la fase de ejecución, contenidas en la Ley de Procedimiento Laboral.

Como puede observarse, además de tratarse de una regulación fragmentaria, ésta se caracteriza por la ambigüedad de los términos empleados; aunque la terminología utilizada, por otra parte, y como se verá más adelante, puede que no estén exentas de cierta relevancia<sup>10</sup>.

Por otra parte, la compleja tarea de calificar la naturaleza de los salarios de tramitación ha venido girando en torno a la distinta consideración que a su vez se tenga sobre la eficacia que debe otorgarse a la decisión de despido acordada por el empresario.

En este sentido, se ha venido señalando que el reconocimiento de plenos efectos extintivos al acto de despido, sin perjuicio de su ulterior impugnación en vía judicial y su consiguiente revisión, debe llevar aparejada la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación<sup>11</sup>. De tal manera que, de afirmar que el vínculo laboral queda roto en la fecha en que se produce el despido<sup>12</sup>, desde ese mismo instante no sería admisible considerar la subsistencia del deber empresarial de retribución; en consecuencia, la cantidad a percibir por el trabajador debe serlo en concepto de indemnización, habida cuenta que su finalidad es claramente resarcitoria de los perjuicios irrogados al trabajador durante ese periodo de tiempo<sup>13</sup>.

No obstante, no es ésta una cuestión pacífica en la doctrina, no faltando posturas que se inclinan por negar virtualidad extintiva al despido, permane-

<sup>10</sup> Por ejemplo, en el art. 55, en referencia al despido nulo, se habla expresamente de salarios, mientras que en el 56, en el caso de despido improcedente, se omite tal expresión, aludiendo a las “cantidades dejadas de percibir”, lo que permite cuestionarse cuál es la intención real del legislador; esto es, si el matiz diferenciador es deliberado, expresando una voluntad de diferenciar la naturaleza de los salarios de tramitación en cada uno de los supuestos. Vid. al respecto GARCÍA PIQUERAS, “Consideraciones...”, op. cit.321.

<sup>11</sup> En esta dirección, GARCÍA PIQUERAS, M., “Consideraciones sobre la naturaleza...”, págs. 311-312.

<sup>12</sup> ROGRÍGUEZ PIÑERO, M., El régimen jurídico del despido y el real decreto de 22 de julio de 1928”, RPS, 1967, págs. 23 y ss. MONTOYA MELGAR, A., El despido disciplinario y sus efectos. Estudios sobre el despido disciplinario. ACARL, 1989, pág. 477. MARTÍN VALVERDE, A. Y OTROS, Derecho del Trabajo. Tecnos, pág. 532.

<sup>13</sup> En este sentido, ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, M.E., a cuyo juicio “nos hallamos ante una indemnización por daños y perjuicios tasada y cifrada en el importe de los salarios que debieron ser percibidos e injustificadamente no se percibieron”, haciéndose eco de las SCT de 18 de septiembre de 1984, con cita de las de 5 y 21 de marzo de 1981, en Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 16ª ed, Madrid, 1998.

ciendo subsistente la relación laboral hasta tanto no exista un pronunciamiento judicial que lo califique<sup>14</sup>.

La cuestión fue abordada por el Tribunal Supremo, afirmando de forma rotunda la "eficacia directa inmediatamente extintiva de la declaración empresarial del despido, aunque la relación pueda restablecerse como consecuencia de la sentencia que aprecia la improcedencia o nulidad de la decisión del empleador"<sup>15</sup>.

Tal como se ha venido diciendo, pocos temas han suscitado opiniones tan contrapuestas en el seno de la doctrina, ni pronunciamientos judiciales tan dispares como éste que nos ocupa.

La postura mantenida inicialmente por los Tribunales, en los primeros años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores, con respecto al carácter de los salarios de tramitación se había inclinado en favor de la inclusión de los salarios de tramitación en el ámbito de aplicación del art. 42.2 ET<sup>16</sup>.

No obstante, la doctrina que mantendría en pronunciamientos posteriores sería claramente indicativa de su posicionamiento en favor de la tesis indemnizatoria o reparadora, al afirmar que "con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido, cual es no percibir retribución alguna desde la fecha de tal despido y durante la subsistencia del proceso correspondiente..." (STS 13 de mayo de 1991)<sup>17</sup>. De la anterior consideración se colige, conforme a lo anteriormente expuesto, la imposibilidad de hablar de responsabilidad solidaria en lo relativo al pago de los salarios de tramitación.

Sin embargo, la STS de 7 de julio de 1994, dictada ya en unificación de doctrina, vino a romper, al menos por el momento, con la línea interpretativa anterior, al adoptar un criterio de signo absolutamente contrario al que se había venido manteniendo en las resoluciones inmediatamente anteriores. Efectivamente, en la citada sentencia el Tribunal Supremo, pese a declarar que el empresario principal no responde del inadecuado ejercicio del poder disciplinario del empresario contratista, considera que "los salarios de tramitación suponen la reconstrucción de la relación jurídica rota por el contratista, que debe efectuarse abonando la retribución que el trabajador dejó de percibir por haber sido privado injustamente de realizar su trabajo en la obra objeto de la contrata y estos salarios deben tener el mismo tratamiento que los que le hubieran correspondido en caso de haber trabajado en la misma" (FJ 2º)<sup>18</sup>, por

<sup>14</sup> GÁRATE CASTRO, J., Los salarios de tramitación, ACARL, 1994, págs.62 y ss.

<sup>15</sup> STS de 7 de diciembre de 1990; STS de 4 de febrero de 1991 (Ar. 792).

<sup>16</sup> SSTs de 9 de abril de 1984 (Ar. 2057), 27 de octubre de 1986 (Ar. 5906), 22 de enero de 1988 (Ar. 37), entre otras; aunque sin clarificar con alcance general esta cuestión, como señala SEMPERE NAVARRO, A.V., op. Cit., pág. 15.

<sup>17</sup> En el mismo sentido, cabe citar la STS de 4 de febrero de 1991 (Ar. 792); STSJ de Andalucía (Granada) de 20 de abril de 1993 (Ar. 1688)

<sup>18</sup> En esta misma línea, le suceden las SSTSJ de Cataluña de 19 de enero y 25 de noviembre de 1995 (Ar. 275 y 4485), de Andalucía (Málaga) de 22 de diciembre de 1995 (Ar. 4664), de Madrid de 8 de noviembre de 1996 (Ar. 4361), también referidas a la

lo que concluye que los salarios de trámite debían incluirse dentro de las obligaciones de carácter salarial contempladas en el art. 42.2 ET.

No sería éste sin embargo, el último cambio al que íbamos a asistir en la interpretación judicial sobre el tema que nos ocupa. La STS de 14 de marzo de 1995 (Ar. 2010), también dictada en unificación de doctrina, vuelve a retomar la tesis indemnizatoria<sup>19</sup>.

La confusión e inseguridad que esta situación genera es patente, ante la presencia de resoluciones en gran medida condicionadas por el supuesto concreto que se enjuicia en el pleito, olvidando que una misma institución no puede tener dos naturalezas diferentes según convenga al caso concreto<sup>20</sup>.

El Tribunal Supremo tiene ocasión de abordar nuevamente la cuestión en la Sentencia de 14 de julio de 1998, en la que se rectifica el criterio adoptado en la Sentencia de 7 de julio de 1994, - afirmando que ésta última es una resolución aislada-; en consecuencia, sostiene la ausencia de responsabilidad del empresario principal en relación con los salarios de trámite a percibir por los trabajadores que hayan sido despedidos por la empresa contratista.

En esta sentencia el Tribunal Supremo llega a concluir que los salarios de tramitación constituyen un concepto jurídico propio con vertientes salariales, como la obligación de cotizar por ellos, y una finalidad indemnizatoria..., y por ello tanto si se concluye que constituyen un concepto propio como si se admite su exclusiva naturaleza indemnizatoria, nunca pueden ser conceptuados como obligaciones de estricta naturaleza salarial, únicas de las que es responsable solidario el contratista principal" (FJ 3º)<sup>21</sup>.

No obstante, tras esta resolución, no exenta de contradicciones internas, la situación entre la doctrina continúa sin ser pacífica<sup>22</sup>.

Más recientemente, la STS de 22 de marzo de 1999 ha ratificado la postura mantenida en la STS de 13 de mayo de 1991, declarando tajantemente que los

responsabilidad de la empresa principal por los salarios de tramitación en supuestos de subcontratación.

En la misma dirección, las SSTs de 3 de marzo de 1997 (Ar. 2194), de 4 de mayo de 1998 (Ar. 3665), entre otras.

<sup>19</sup> También la STS de 23 de julio de 1996 (6389), en unificación de doctrina, al pronunciarse sobre los salarios de trámite a cargo del Estado, habla de "indemnización por salarios de tramitación".

<sup>20</sup> CALVO GALLEGO, F.J., "La retribución de los trabajadores en misión tras la Ley 29/1999", Temas Laborales, nº 53/2000, pág. 247; ALTÉS TÁRREGA, J.A., "La naturaleza jurídica de los salarios de tramitación: ¿al fin una cuestión resuelta?", Relaciones Laborales, 1998, nº 14, pág. 131.

<sup>21</sup> Se pronunciaba en términos similares a la STS de 6 de abril de 1998, a cuyo tenor "El carácter propio de los salarios de tramitación y su doble referencia a dos instituciones distintas posibilita que sin contradicción puedan considerarse de naturaleza salarial o indemnizatoria según la función que en cada situación jurídica desempeñen".

<sup>22</sup> GALA DURÁN, C. se manifiesta en sentido contrario, considerando que existen argumentos suficientes para defender la naturaleza salarial de los salarios de trámite, op. cit., pág.27.

salarios de tramitación están concebidos como la cantidad de dinero a percibir como reparación ante la ausencia de ingresos durante el periodo de tramitación del proceso que finalmente concluye con la declaración de improcedencia o nulidad de su despido; ello explica que, si durante la citada tramitación, el trabajador ha obtenido ingresos por vía de empleo en otra empresa procede el descuento correspondiente a esos salarios.

Como puede apreciarse, lo que sí se evidencia, a raíz de la jurisprudencia más reciente, es que el Tribunal Supremo aborda la cuestión partiendo de una concepción homogénea de estos salarios; frente a este tratamiento unitario, parece más acertada la distinción de su naturaleza en función de la diferente calificación judicial que merezca el despido<sup>23</sup>.

Un primer argumento que permitiría sostener esta postura, como antes se avanzó, procede de la propia regulación legal del despido; en efecto, resulta significativo el diferente régimen que se otorga a estos salarios en la regulación estatutaria del despido, haciendo derivar consecuencias distintas según la calificación que resulte de su eventual impugnación en sede judicial. Así, mientras el art. 56.1 b) ET, en referencia al despido improcedente habla de "cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir...", el art. 55.4, por su parte, en relación al despido nulo, habla de "salarios dejados de percibir". Todo parece indicar que la doble terminología empleada no es fortuita, sino que responde a una voluntad del legislador de diferenciar ambos supuestos<sup>24</sup>.

Así se desprende de varias resoluciones del Tribunal Supremo, entre las que cabe destacar la STS de 20 de julio de 1987, que declara que "no son homologables, ni por su concepto ni por sus consecuencias el despido nulo y el improcedente, quedando su distinción definida en el art. 55 números 2 y 3 del ET; y los efectos de uno y otro se distinguen también en la misma norma; la nulidad del despido comporta la readmisión inmediata del trabajador (art. 55.4), en tanto que su improcedencia deja facultad a la empresa para optar entre la readmisión o el pago de las sustitutorias percepciones (art. 56 ET)<sup>25</sup>.

Con posterioridad, el TS se aparta de esta línea interpretativa<sup>26</sup>, lo que no deja de ser preocupante por cuanto no se puede ignorar una dicotomía esta-

<sup>23</sup> En este sentido, vid. BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, 1995, pág. 328.

<sup>24</sup> El matiz que introduce la norma es sumamente expresivo, como afirma GARCÍA PIQUERAS, "Consideraciones...", op. cit., pág. 321. Difiere de esta opinión GÁRATE CASTRO, J., pues "no se explica por qué ha de salir más perjudicado el trabajador que pierde su empleo que el que prosigue en la empresa tras su readmisión", op. cit. Pág. 61.

<sup>25</sup> En la misma línea, la STS de 18 de abril de 1988 señala que "no hay identidad de razón en los efectos del despido nulo y en los del calificado de improcedente, ya que aquél niega la ruptura de la relación laboral decidida unilateralmente por el empresario..., mientras en éste acepta tal extinción del nexo jurídico, imponiéndole un resarcimiento indemnizatorio...".

<sup>26</sup> Como ejemplo, vid. la STS de 13 de mayo de 1991.

blecida por la norma jurídica y cuya diversidad de efectos es y ha sido clave en toda la moderna teoría del despido<sup>27</sup>.

Por otro lado, tales afirmaciones se ven refrendadas desde el contenido de las normas procesales, por lo que el examen de las mismas se muestra de sumo interés.

### 3. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE CARÁCTER PROCESAL

#### 3.1. Acerca de los salarios de ejecución en los procesos de despido

Como ya se apuntó páginas atrás, el régimen de los salarios de tramitación posee importantes connotaciones procesales, habida cuenta la posibilidad de que se devenguen tales cantidades durante la fase de ejecución de la sentencia.

En concreto, son objeto de regulación en los arts. 276 y ss. LPL -dedicados a la ejecución de sentencias firmes de despido- y en los arts. 295 y ss. LPL, -referidos éstos a la ejecución provisional de las sentencias de despido-.

Conviene, no obstante, en cualquiera de los casos anteriores, diferenciar estos salarios de tramitación devengados durante la ejecución de la sentencia, de los que hasta el momento se han venido analizando<sup>28</sup>.

Efectivamente, si nos hallamos ante una sentencia firme en la que se declara la improcedencia del despido, en caso de optar por la readmisión del trabajador -conforme al art. 110.1 LPL-, se produce una reinstauración del contrato de trabajo, con la consiguiente generación de sus efectos normales.

De tal modo que, si la reincorporación no tiene lugar por causa no imputable al trabajador en los plazos establecidos, la empresa viene obligada a abonar los salarios devengados desde la notificación de la sentencia hasta que la readmisión tenga lugar (276 LPL); parece que no es difícil identificar esta situación con la de "mora accipiendi" que deriva del art. 30 ET, lo que conduce a pensar que estamos ante verdaderas percepciones salariales<sup>29</sup>.

Esta afirmación se intensifica aún más de tener en cuenta que si el despido es representante de los trabajadores y opta por la readmisión o si el despido es declarado nulo, la sentencia será ejecutada en sus propios términos (art. 280 LPL); lo que supone que de no producirse la readmisión o de ser ésta irregular "el Juez acordará que el trabajador continúe percibiendo su salario con la misma periodicidad y cuantía que la declarada en la sentencia, con los incrementos que por vía de convenio colectivo o norma estatal se produzcan, hasta

<sup>27</sup> GARCÍA PIQUERAS, M., "Consideraciones...", op. cit., 312. En este sentido, "el tenor literal de los arts. 55.4 y 56.1 ET revela claramente que existe regulación independiente del despido nulo y los del improcedente..." (vid. voto particular de la STS de 13 de mayo de 1991).

<sup>28</sup> Así lo señala también ALTES TÁRREGA, op. cit., pág. 126, en opinión que compartimos.

<sup>29</sup> En este sentido, GALA DURÁN, C., op. cit., págs. 31-32.

la fecha de la readmisión en debida forma" (art. 282.a) LPL), continúe en alta y con cotización en la Seguridad Social (art. 282. b) LPL) y continúe el delegado de personal o miembro del comité de empresa desarrollando las funciones propias de su cargo... (art. 282 c) LPL).

Puede afirmarse, a la vista de estos preceptos, que estas imposiciones de la norma procesal constituyen una clara manifestación de la continuación de la relación laboral<sup>30</sup>.

Tales reflexiones se revelan aún con mayor claridad en relación con las normas relativas a la ejecución provisional de la sentencia de despido.

Así, conforme a lo establecido en el art. 295.1 LPL, "en los procesos donde se ejerciten acciones derivadas de despido o de decisión extintiva de la relación de trabajo la sentencia declare su improcedencia y el empresario que hubiera optado por la readmisión interpusiera algunos de los recursos autorizados por la Ley, éste vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos y continuará el trabajador prestando servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna. Lo anteriormente dispuesto también será aplicable cuando, habiendo optado el empresario por la readmisión, el recurso lo interpusiera el trabajador".

Las mismas consecuencias se derivan si el despido es declarado nulo o si es declarado improcedente y la opción, correspondiente al trabajador, se hubiera producido a favor de la readmisión (295.2 y 3 LPL).

Del tenor del precepto puede extraerse la conclusión de que el propósito perseguido en la norma procesal parece ser el de imponer el mantenimiento de la relación contractual, con el cumplimiento por ambas partes de sus obligaciones recíprocas derivadas de la misma. Ello permitiría afirmar, en mi opinión, el carácter salarial de tales percepciones económicas, con la consiguiente plena aplicación del régimen de responsabilidad solidaria que el art. 42.2 ET contempla<sup>31</sup>.

### 3.2. La exigencia de responsabilidad al empresario principal: determinación del cauce procesal adecuado

El principal problema que se detecta en el plano procesal reside en la dificultad que puede plantearse de cara a la exigencia de responsabilidad al empresario principal.

Conforme a la más reciente doctrina jurisprudencial, que ha quedado expuesta, y habida cuenta que se admite de forma generalizada la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación devengados durante la sustanciación del proceso de despido en la instancia; en consecuencia, la empresa principal, aun en el caso de haber sido demandada, no resultará, previsiblemente, condenada al pago de los mismos.

<sup>30</sup> ALTÉS TÁRREGA. op. Cit. pág. 127.

<sup>31</sup> GALA DURÁN.C.. op. cit., pág. 32.

Por lo que respecta a los salarios devengados ya en fase de ejecución, desde la notificación de la sentencia hasta que se produzca la readmisión, en los términos también expuestos, se ha señalado que sí serían imputables solidariamente al empresario principal; a partir de ahí, puesto que la actividad de ejecución es "aquella desplegada por el órgano judicial con la finalidad de que sea exigido coactivamente el cumplimiento de las obligaciones cuya existencia se ha reconocido en la fase de cognición, en el caso de que el sujeto obligado no cumpla voluntariamente"<sup>32</sup>; la interrogante se plantea en lo referente al título ejecutivo en virtud del cual la referida responsabilidad puede ser exigida<sup>33</sup>.

En otras palabras, hay que preguntarse cuál ha de ser el cauce procesal adecuado para reclamar dicha responsabilidad y proceder contra alguien que no ha sido parte en el proceso declarativo o que, habiéndolo sido, no ha resultado condenado en la resolución firme<sup>34</sup>.

Por consiguiente, el problema reside en determinar cuál es el trámite procesal oportuno para reclamar dicha responsabilidad, sobre todo ante la ausencia de un título ejecutivo que permita instar la ejecución frente al empresario principal, a la vez que se garanticen adecuadamente los derechos de defensa de éste.

Ante la ausencia de previsión expresa en la norma procesal, nos planteamos, en primer lugar, si la solución a este interrogante debe pasar inevitablemente por iniciar un nuevo procedimiento al efecto, accionando contra el empresario principal. La otra opción posible conlleva, por el contrario, que puede plantearse tal exigencia de responsabilidad en el seno del mismo proceso; y en tal supuesto, a su vez, si resulta apropiado el trámite de las cuestiones incidentales que prevé el art. 236 L.P.L.<sup>35</sup> o por contra, si el principio de congruencia de la ejecución con el título impide el que, por vía incidental se resuelva un tema que puede considerarse propio de un proceso declarativo y fuera del ámbito propio de aplicación del proceso de ejecución<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> BAYLOS, CRUZ, FERNÁNDEZ, op. cit., págs.490-491.

<sup>33</sup> " el proceso de ejecución...queda condicionado en su inicio a la existencia de un título ejecutivo, como documento que plasma la obligación que se trata de ejecutar, y a la vez, como acto que reconoce o impone la obligación documentada en el título, cuya propia fuerza es apta para desencadenar el proceso de ejecución...", BAYLOS, CRUZ, FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 503; en parecidos términos, MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J., SEMPERE NAVARRO, A.V., RÍOS SALMERÓN, B., Curso de Procedimiento Laboral, Tecnos, 5º edic., Madrid, 1998, pág. 370.

<sup>34</sup> Al mismo tiempo que deben quedar garantizados los derechos de igualdad y contradicción. La ausencia de tales garantías, en caso de producirse indefensión, comportaría la nulidad de pleno derecho de las actuaciones que se llevasen a cabo.

<sup>35</sup> El art. 236 LPL establece que "Las cuestiones incidentales que se promueven en ejecución se sustanciarán citando de comparecencia, en plazo de cinco días, a las partes, que podrán alegar y probar cuanto a su derecho convenga, concluyendo por auto que habrá de dictarse en el plazo de tres días".

<sup>36</sup> Así, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de enero de 1996 (AS 1996/130), invocando el principio de congruencia, argumenta que el único objeto del proceso de

El punto de partida, junto al señalado art. 236, debe situarse en el art. 238 LPL, a cuyo tenor, "quienes, sin figurar como acreedores o deudores en el título ejecutivo o sin haber sido declarados sucesores de unos u otros, aleguen un derecho o interés legítimo y personal que pudiera resultar afectado por la ejecución que se trate de llevar a cabo, tendrán derecho a intervenir en condiciones de igualdad con las partes en los actos que les afecten".

La cuestión planteada ha sido abordada por nuestra Jurisprudencia, admitiéndose en los pronunciamientos más recientes que en el curso de la ejecución se ventilen estos incidentes que exigen una previa discusión cognoscitiva y una posterior decisión o declaración de voluntad<sup>37</sup>.

A este respecto, resulta de especial significación la STS de 24 de Febrero de 1997 (RJ 1997/1887)<sup>38</sup>, dictada en unificación de doctrina, en la que se debate si puede procederse a la ejecución contra quien no fue parte en la resolución firme, y por tanto, si es admisible la ampliación de los sujetos integrantes de la ejecución. Al mismo tiempo se plantea si el trámite de las cuestiones incidentales del art. 236 LPL es el adecuado para resolver estos supuestos relativos al cambio procesal de partes.

De la lectura de la misma se desprende que "no existe base legal para limitar tal posibilidad, a criterio judicial o de los afectados que acepten la modificación de partes pretendida...", por lo que "la modificación o cambio de partes en la ejecución debe efectuarse, como regla general, de mediar oposición y ser necesaria prueba, a través del trámite incidental del art. 236 LPL, efectuándose en la comparecencia las alegaciones y practicándose la prueba oportuna, y con posibilidad de intervención, en condiciones de igualdad con las partes, de todos los interesados"<sup>39</sup>.

En apoyo de esta tesis se argumenta que conforme al art. 236 LPL, pueden articularse todos los medios de defensa propios de un juicio declarativo, y en tal sentido, no podría hablarse de indefensión ni de falta de las garantías derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>40</sup>.

ejecución está constituido por el cumplimiento eficaz de lo dispuesto en la sentencia o título ejecutivo; por lo que la ejecución de lo juzgado sólo puede dirigirse contra las personas condenadas en sentencia firme.

<sup>37</sup> ANDINO AXPE, L.F., "El contencioso en la ejecución social. Incidentes. Intereses y costas", RL nº 15-16 Agosto 1999, pág. 41.

<sup>38</sup> En los mismos términos, la STS 1997/9046, de 10 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9046). Aunque el TS no aborda la cuestión en términos generales, sino en relación con los supuestos de subrogación empresarial por cambio de empresario y supuestos asimilados.

<sup>39</sup> Sin que deba acudir para sustanciar las cuestiones incidentales -advierde el TS-, al procedimiento incidental regulado en la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil, de mayor complejidad que el procedimiento ordinario laboral (FJ 4º a).

<sup>40</sup> El procedimiento incidental es de tramitación más sencilla que el proceso ordinario laboral, pero no por ello despojado de alguna de sus garantías... y añade que "...antes de acudir a la supletoriedad de la norma procesal civil deben aplicarse analógicamente las reglas reguladoras del proceso ordinario laboral...".

En efecto, la posibilidad del cambio de la parte ejecutada ya fue aceptada por el Tribunal Constitucional<sup>41</sup>, al admitir "la extensión subjetiva de la eficacia de la sentencia", ya que "no resulta incompatible con el derecho fundamental contenido en el art. 24 de la Constitución el que, sin haber sido una entidad parte en el proceso laboral, ni condenada en el fallo de la sentencia que le puso término, dictada exclusivamente contra otra entidad, pudiera, sin embargo, ser obligada a cumplirla...".

No puede obviarse, sin embargo, en relación con esta doctrina, como requisito indispensable que debe concurrir, que el cambio sustantivo en que se funde debe haberse producido con posterioridad a la constitución del título ejecutivo que constituya la base del concreto proceso de ejecución<sup>42</sup>. (La necesaria concurrencia de este requisito no es obstáculo, en mi opinión, para la aplicación de esta doctrina a la cuestión que nos ocupa, toda vez que la reseñada responsabilidad del empresario principal se concreta en un momento posterior a la constitución del título ejecutivo -que no es otro que la sentencia cuyo incumplimiento genera precisamente los salarios de tramitación de los que la empresa deviene en responsable solidaria-.

En consecuencia, resultaría admisible, en los términos que se han señalado, un cambio o ampliación procesal de las partes intervinientes en la fase de ejecución, sin que fuese necesario iniciar un nuevo proceso declarativo.

Resulta especialmente significativo, en este sentido, como se afirma en la STS 1997/1887, que "es esencial que los órganos judiciales puedan reaccionar ante ulteriores actuaciones o comportamientos enervantes del contenido material de sus decisiones y que lo hagan, esto es lo esencial, en el propio procedimiento incidental de ejecución, pues sólo así pueden obtener cumplida satisfacción los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos, que resulta incompatible con la tutela eficaz y dilatoria que deben prestar los órganos judiciales, los cuáles deben interpretar y aplicar las leyes en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental (STS 1997/1887 (FJ 4º f))<sup>43</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALTÉS TÁRREGA, A., "La naturaleza jurídica de los salarios de tramitación: ¿al fin una cuestión resuelta?", en *Relaciones Laborales*, 1998, nº 14.
- ALONSO OLEA, M., *El despido (un estudio de la extinción del contrato por voluntad del empresario)*, IEP, Madrid, 1957.

<sup>41</sup> STC 206/89 de 14 de diciembre (RTC 1989/206).

<sup>42</sup> Vid. también la STC 194/ 1993 de 14 de Abril (RTC 1993/194)..

<sup>43</sup> Vid. entre otras, las SSTC 32/82 de 7 de junio (RTC 1982/32), 125/1987, de 15 de Junio (RTC 1987/125), 167/1987, de 28 de octubre (RTC 1987/167), todas ellas citadas en la propia STS 1997/1887.

- ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M.E., Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1998.
- BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., Instituciones de Derecho Procesal Laboral, Trotta, Madrid, 1995.
- CALVO GALLEGU, F.J., "La retribución de los trabajadores en misión tras la Ley 29/1999", en *Temas Laborales*, 2000, nº 53.
- CASTILLO, J.J., "Las nuevas formas de organización del trabajo", en AA.VV.: *Las nuevas formas de organización del trabajo*, MTSS, 1991.
- CRUZ VILLALÓN, J., "Descentralización productiva y sistema de Relaciones Laborales" RTSS, nº 13/1994.
- CRUZ VILLALÓN, J., "Outsourcing, contratas y subcontratas", X Congreso Nacional de Derecho del trabajo, Zaragoza, 28 y 29 de Mayo de 1999.
- DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M., "Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral", *Relaciones Laborales*, 2000.
- GALA DURÁN, C., "Algunos aspectos problemáticos de la responsabilidad salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras o servicios", en *Relaciones Laborales*, 2000, nº 1.
- GÁRATE CASTRO, J., *Los salarios de tramitación*, ACARL, Madrid, 1994.
- GARCÍA MURCIA, J., "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el estatuto de los Trabajadores", *Revista de Política Social*, nº 130, 1981.
- GARCÍA PIQUERAS, M., *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas de obras y servicios*, Tirant lo Blanch, 1998.
- HERVÁS, J., "Doctrina jurisprudencial sobre el concepto y la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación", *AL*, nº 10, 1992.
- LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, La Ley, Colección Relaciones Laborales, 1999.
- MARTÍN VALVERDE, A. y OTROS, *Derecho del Trabajo*, Tecnos.
- MONTOYA MELGAR, A., *El despido disciplinario y sus efectos*. Estudios sobre el despido disciplinario. ACARL, 1989.
- MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J., SEMPERE NAVARRO, A.V., RÍOS SALMERÓN, B., *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 1998.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928", *RPS*, 1967, nº 74.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "La regulación protectora del trabajo en contratas", *Revista de Política Social*, nº 93, 1972.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., *Aranzadi Social, Jurisprudencia Social*, Septiembre 1998.

## EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LOS SUPUESTOS DE SUBCONTRATACIÓN

DULCE SORIANO CORTÉS\*

### ÍNDICE

1. Alcance del término "subcontratación"
2. Contenido de la información
3. Titulares del derecho de información
4. Sujetos obligados a facilitar la información
5. Consecuencias jurídicas del incumplimiento
6. Deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores

El art. 64,1,1 ET hace referencia al derecho de los representantes de los trabajadores a recibir información trimestral sobre una serie de cuestiones relacionadas con la empresa, entre otras, "acerca de las previsiones del empresario sobre celebración de nuevos contratos,...y de los supuestos de subcontratación". Esta referencia legal expresa a los supuestos de subcontratación fue introducida por la Ley 2/1991, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación<sup>1</sup>. Dicha ley fue derogada expresamente por el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores por su incorporación total a éste.

No toda la doctrina coincide en entender tal referencia expresa a los supuestos de subcontratación, como una novedad<sup>2</sup>, sino que para algunos

\* Profesora Asociada de Derecho del Trabajo. Universidad de Cádiz.

<sup>1</sup> Art. 1,3 de la Ley 2/1991, de 7 de enero (BOE 8 de enero): "Los representantes de los trabajadores deberán recibir al menos trimestralmente, información acerca de las previsiones del empresario sobre la celebración de nuevos contratos... así como de los supuestos de subcontratación". Esta ley tiene su origen en la presión ejercida por los sindicatos a través de la llamada "Propuesta Sindical Prioritaria" adoptada por UGT y CCOO en 1989, en la que se pretendía incrementar el control ejercido por los sindicatos sobre la contratación de personal y del empleo. Dicha ley fue criticada fuertemente por las asociaciones empresariales.

<sup>2</sup> BAYLOS GRAU, A. "La información trimestral sobre previsiones de contratación y supuestos de subcontratación. Algunas reflexiones". *Revista de Trabajo*, nº 100, 1990 (monográfico), pág. 356; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, J.L. "Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación", *R.T.*, nº 100, 1990, pág. 45.