

“LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.”

Por María Angeles Burgos Giner. Profesora Titular EU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universitat Jaume I Castellón., y Vicente Sampedro Guillamón. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

1.-INTRODUCCIÓN:

La evolución de las relaciones laborales, y de la legislación que las regula, viene ajustándose a los cambios que en los sistemas económicos y productivos se vienen produciendo. Así tras la llamada crisis del petróleo, surgió el llamado, a su vez, derecho del Trabajo de la crisis y algunos de los principios que parecía inmutables van sufriendo fuertes golpes que llegan a desnaturalizarlos, por ejemplo al existir un “contrato temporal de fomento del empleo¹”, no causal. Aunque también es lo cierto que los gobiernos y las legislaciones han comprobado que se habían producido muchos abusos y han querido volver atrás, como lo sucedido en nuestro país en la reciente reforma laboral².

Sin embargo, hay algunos cambios que no van a desaparecer, y entre ellos se citaría a los fenómenos de la descentralización productiva o a la externalización de funciones, a través de las figuras de las contratatas y subcontratatas como medios para auxiliarse las empresas y así poder dar cumplimiento a los compromisos adquiridos. Ya que, como ha señalado la doctrina, al referirse a la descentralización productiva, debe de “contemplarse como una técnica de gestión”, sin olvidar que cuenta con un instrumento, que es la flexibilidad, ya que “la cuestión de fondo es la relativa a su utilización para

¹ Sería el caso, por ejemplo del RD 1989/1984, de 17 de octubre y todas las intervenciones normativas flexibilizando la contratación temporal. Ya que si recordamos, en la redacción dada art. 17.3 del E.T./1980 se contemplaba la habilitación dada al Gobierno para la adopción de medidas que facilitarían la colocación de trabajadores demandantes de empleo, y bajo esta cobertura legal aparece una modalidad contractual de carácter coyuntural: la contratación temporal de fomento del empleo, que fue muy utilizada hasta la reforma del ET en 1995, y que en la actualidad queda solamente vigente para los trabajadores con discapacidad de acuerdo con la Disposición Adicional primera de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo. Sobre la temporalidad como medida de fomento del empleo: vid. SEGURA, J, DURÁN, F, TOHARIA, L y BENTOLILA, S: “Análisis de la contratación temporal en España”, Madrid, 1991, MTSS, en especial pág .25. ELORDI DENTICI, A, DEL REY GUANTER, S, SERRANO MARTÍNEZ, J Y GALA DURÁN, C: “Trabajo, temporalidad y Empresas de Trabajo temporal en España”, Madrid 2001, Agett, en especial págs. 129 y sgs; sobre la evolución del empleo temporal entre 1976 y 2001.

² Nos referimos a la operada a través del RD Ley 5/2006 de 9 de junio y que se convirtió en la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo.

reducir costes y hacer posible un uso flexible de la mano de obra mediante la diversificación de las fuentes de aportación del volumen de mano de obra que la empresa precisa para su funcionamiento”³. En el primer caso, los trabajos son dados a las empresas fuera de la principal, por ejemplo los talleres en el sector de la confección, o incluso a países llamados del tercer mundo, y en el supuesto de la externalización de funciones, la empresa va desgajando las labores no directamente relacionadas con su trabajo central, y las va dejando en mano de terceras empresas que realizan sus trabajos en su propio centro de trabajo.

Puede parecer extraño, pero ahora se pretende que una empresa que fabrique azulejos, se dedique solamente a eso, pero es obvio que ahora el personal dedicado a limpieza, a mantenimiento, a seguridad no es de la propia empresa sino que es contratado a empresas terceras que prestarán allí sus servicios.

Incluso en un paso más, los propios trabajos centrales del proceso productivo, pueden ser cubiertos en caso de necesidades extraordinarias, por ejemplo aumentos de pedidos o bajas de varios trabajadores por enfermedad, bien por contratos de duración determinada contratados por la propia empresa o bien recurriendo a una empresa de trabajo temporal, en un fenómeno que hemos denominado siempre cesión de trabajadores, antes ilícito administrativo, incluso penal, pero que ahora sólo lo será en el caso de efectuarse fuera de una empresa de trabajo temporal, o de la regulación normativa de estas.

Si esta situación es general en la mayor parte de empresas, sea cual sea su tamaño y su sector, el tema se vuelve más preocupante cuando hablamos de las obras de construcción. En ellas confluyen siempre varias empresas que se corresponden con las distintas unidades de una obra, y a su vez estas contratistas vuelven a subcontratar parte de sus trabajos a unos subcontratistas o a trabajadores autónomos.

En principio, cualquier presencia de varias empresas en un mismo lugar de trabajo siempre entraña un riesgo añadido, podríamos decir que los riesgos de cada trabajo se van acumulando, y más aún si consideramos el sector de la construcción, en que ya no se acumulan sino que se multiplican y son una de las causas que producen la alta siniestralidad del sector.

³ Tal y como lo ha expresado RIVERO LAMAS, J : “*La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*” en AA.VV.: “*Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*” X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid 2000, MTSS, pag. 81.

Por ello, el legislador ha venido introduciendo reformas en el tema de las contratas y subcontratas, en general y en cualquier empresa, y en mayor detalle y con una dirección centrada en la prevención de riesgos laborales, en el sector de la construcción. A estas dos reformas normativas vamos a referirnos.

2.- REFORMAS EN LA NORMATIVA GENERAL:

El pasado mes de junio de 2006, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado, en concreto el del día 14, el Real Decreto- Ley 5/2006 de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo. Estamos ante una norma que, sin duda, constituye un punto importante de inflexión en la normativa laboral, ya que afronta el tema del empleo desde la órbita ya no de la mera cantidad, sino buscando una mejor calidad, buscando solucionar algunos problemas que se vienen detectando, entre ellos, el más importante el del encadenamiento de contratos.

El Real Decreto- Ley nace del acuerdo entre la CEOE, CEPYME, UGT y CC. OO. , dentro de los diversos ámbitos que se han ido promocionando para el Diálogo Social. Pues bien, esta norma ha sido ya transformada por nuestras Cortes Generales en Ley 43/2006 de 29 de diciembre, y en ella se contempla también como tema de interés el del fenómeno de la subcontratación, buscando como señala la propia Exposición de Motivos *“asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva sea compatible con la protección de los trabajadores especialmente cuando se trate de empresas principal, contratista y subcontratista que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo”*⁴, añadiendo además el interés por deslindar estos supuestos que pueden producir en algunos casos supuestos de cesión ilegal, para lo cual incluso se produce lo que se señala como definición de cesión ilegal de trabajadores, más bien una descripción, de supuestos, eso sí recordando que la cesión legal de trabajadores sólo puede realizarse por las empresas de trabajo temporal.

En el tema de contratas y subcontratas, pues, en la línea de lo ya actuado en anteriores reformas, el art.42 ET viene a incluir las siguientes novedades:

1.- En el apartado 4 del art. 42 ET, aparece un nuevo concepto⁵, cual es el de empresa que comparta de forma continuada un mismo centro de trabajo, un caso que

⁴ Párrafo séptimo, apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre.

⁵ Al establecer en el párrafo segundo que: *“Cuando la empresa principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá de disponer de un libro*

fácilmente se encuentra con temas como limpieza, seguridad, entre otros. En este supuesto se establece un libro de registro que reflejará toda la información a que se refiere el mismo artículo, en el mismo apartado, respecto a todas las empresas afectadas. Esta información deberá contener el nombre o razón social, domicilio y NIF de la empresa contratista o subcontratista, el objeto, lugar y duración de la contrata, el número de trabajadores ocupados y las medidas preventivas de coordinación de actividades a efectos de la prevención de riesgos. Coincidiendo esta información con la que debe informar a los representantes de los trabajadores, e insistiendo con que, estará dicho libro a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

2.- Se añade un nuevo apartado 6,⁶ que establece que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas podrán plantear cuestiones a los representantes de los trabajadores de la empresa principal, entendemos que se trata de la representación unitaria, es decir delegados de personal o comités de empresa, por referirlo a la representación legal cuando carece de ella.

Se exige para ello la concurrencia de dos requisitos, uno que carezcan de representación legal propia, y además que se trate de temas relacionados a las condiciones de ejecución del trabajo por ejemplo problemas de vestuarios, y no relativos sólo a su empresa, por ejemplo, retrasos en el pago de los salarios.

3.- Pero para el supuesto en que sí cuenten representación legal, se adiciona en el art. 42 ET un nuevo apartado 7, que permite que los representantes legales, si los hubiere, de las empresas contratistas y subcontratistas, y para el supuesto que compartieran centro de trabajo de forma continuada, puedan reunirse para coordinarse entre ellos, y todo ello en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley. Referencia esta última que sólo plantea en el texto legal, es decir en el art. 81 del ET⁷, el uso de locales y

de registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes de los trabajadores”.

⁶ “6. Los trabajadores de las empresas contratista y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación.

Lo dispuestos en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende”.

⁷ Que tras la reforma efectuada, se adicionaba a su anterior redacción: “La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden en la empresa”. Sin que olvidemos que mantiene la misma redacción respecto del derecho al local para desarrollar sus actividades condicionado a que “sus características lo permitan” como también el que: “Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo”.

tablón de anuncios, recordando que en este supuesto de contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo, se permite que podrán hacer uso de dichos locales, remitiéndose a lo que se acuerde con la empresa.

El texto no resuelve las dudas sobre esas reuniones entre los representantes legales, no parece que estemos hablando de ningún órgano creado para este supuesto, por lo que nos encontramos con un tema que será desarrollado en el seno de la propia empresa principal, y quizás habría que entender que igual que lo referido a locales, debería de haber, un acuerdo colectivo con la empresa, cuyo contenido contemplara temas como el aviso previo de la reuniones, el momento de efectuarlas ya bien dentro o fuera de la jornada, sin o con crédito horario específico pero dentro del uso legal del que ya tienen, es decir, temas todos que dependerán de la facultad de autoorganización de los representantes de los trabajadores. Que entendemos estarán en la línea de poder continuar efectuando sus funciones de representación, a través de las reuniones en los locales cedidos por la empresa principal, en donde indirectamente sobre éste empresario principal recae la obligación de “facilitar” los locales que serán los medios que permitirán la celebración de esas reuniones entre ambas representaciones o por separado.⁸ Y en todo caso, será la negociación colectiva la encargada de determinar tanto la capacidad como el ámbito de actuación de la representación, al establecerlo así el art.42.7 ET, ante la falta de claridad del precepto.

3.- LA LEY 32/2006, REGULADORA DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN:

Durante mucho tiempo, se ha venido detectando que en el fenómeno de la alta siniestralidad de la construcción influyen diversos factores, como la temporalidad y variabilidad de cualquier obra, los contratos en precario de muchos trabajadores, etc..., pero sin duda uno de los factores que se ha venido resaltando por su carácter principal en esa siniestralidad, es el del fenómeno de la proliferación de empresas en un centro de trabajo, que es una obra. Ello conlleva a que en muchas ocasiones, ese factor de presencias conjuntas produzca una auténtica multiplicación de los riesgos.

⁸ Vid: MONEREO PÉREZ, J. L.: “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, Aranzadi Social, número 19, año 2006, [BIB 2006\2067] que considera que del precepto se desprende un “llamamiento de Acuerdo colectivo de empresa que determine las condiciones de utilización compartida o uso conjunto de los locales para celebrar reuniones internas entre las distintas representaciones legales de las empresas implicadas en el proceso de subcontratación”.

Ante este tema, y sin olvidar que el fenómeno de la subcontratación obedece a características propias del sector, “*tradición*” le llama la Exposición de Motivos, y a las necesidades de los procesos de externalización productiva o de la especialización, tampoco se puede obviar la necesidad de controlar el proceso que puede llevar a abusos, ya que pueden proliferar empresas sin organización productiva, y a la larga, como dice también la propia Exposición de Motivos “*los indicados excesos de subcontratación pueden facilitar la aparición de prácticas incompatibles con la seguridad y salud en el trabajo*”.⁹

La Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción¹⁰, pretende resolver los graves problemas que, insistimos, vienen planteando el fenómeno de la subcontratación, recortando su uso, como luego veremos, hasta el tercer nivel, y además estableciendo una serie de cautelas:

- a) Exige determinadas condiciones, limitadas y muy rígidas, para que puedan efectuarse subcontrataciones a partir de ese tercer nivel.
- b) Las empresas que quieran trabajar como contratista o subcontratista vienen precisadas a ofrecer unas garantías en cuanto calidad, solvencia, y también en cuanto a que deberán acreditar la formación en prevención de sus trabajadores.
- c) Se establece la obligatoriedad de que dichas empresas tengan en su seno un empleo estable, estableciéndose un porcentaje de la plantilla con trabajadores indefinidos, que comienza en el diez por ciento de la plantilla para llegar a un treinta por ciento.
- d) Se establecen sistemas de control documental de los trabajos, permitiendo así una mayor transparencia en las obras de construcción, a través del Libro de Subcontratación, al que se tiene amplio acceso, como luego veremos.

3.1.- OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY:

La Ley tiene un claro objetivo, cual es el regular la subcontratación en el sector de la construcción, estableciendo en su art.2 cuáles son los trabajos de construcción que

⁹ Último punto del Párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Contratación. Y, como mantiene la doctrina, esta Ley “*trata de hacer frente al gravísimo problema de la siniestralidad laboral en el sector de la construcción*”, vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: “*La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo*”. Aranzadi Social núm. 19, año 2006 [BIB 2006\2067]

¹⁰ BOE de 19 de octubre.

se constituyen en objeto de Ley¹¹, estableciendo una descripción de los trabajos que se efectúan desde que se inicia una obra hasta su terminación, y los que se puedan efectuar en toda obra de construcción, ya sea pública o privada, de construcción o de ingeniería civil.

El artículo 3 contempla un amplio capítulo de definiciones, que no plantean novedades, aunque sí aclara, de acuerdo con la Jurisprudencia, el concepto de promotor¹², y el de contratista o empresario principal¹³, pudiendo coincidir o no ambas figuras.

Se define el concepto de subcontratista, como aquel que asume el compromiso de realizar parte o unidades de obra, bien con contrato con el contratista principal o con otro subcontratista, y que se sujetará al proyecto por el que se rige la ejecución de la obra. También aparece una clarificación en este sentido que llevaría a denominarse primer subcontratista al que tiene como comitente al contratista, el segundo el contratista de aquel y así sucesivamente¹⁴.

La Ley sí que aporta dos novedades importantes. Por un lado el trabajador autónomo¹⁵, que asume partes de obra o instalaciones, y lo puede efectuar de forma personal o individual, es decir por él mismo, o bien empleando trabajadores por cuenta ajena, y en este último caso tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los

¹¹ Así, conforme el párrafo segundo de dicho artículo, se relacionan los trabajos objeto de la ley y que serán los de: “Excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento.

¹² Así, conforme el Art. 3 b) tendrá la consideración de “Promotor: cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra”

¹³ Define, en el apartado e) del art. 3, al contratista o empresario principal como “la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato.” Pero aclarando, en el segundo párrafo de dicho artículo que “Cuando el promotor realice directamente con medios materiales y humanos propios la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrá también la consideración de contratista a los efectos de la presente Ley; asimismo, cuando la contrata se haga con una Unión Temporal de Empresas, que no ejecute directamente la obra, cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de la obra que ejecute.

¹⁴ Cuando, en el apartado f): “Subcontratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente.”

¹⁵ Al definirlo en el apartado g) como “la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplea en la obra trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la presente Ley”

efectos de la Ley, ocupando por lo tanto un nivel y evitando así el fraude que podría cometerse.

También es importante en este sentido que se definan tanto la subcontratación como el nivel, calificando al primera como *práctica mercantil de organización productiva* por la cual se encarga parte del trabajo por parte del contratista o subcontratista *a otro subcontratista o a un trabajador autónomo*¹⁶. Y el nivel será cada uno de los escalones en que se va desarrollando el trabajo¹⁷.

3.2-REQUISITOS DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS O SUBCONTRATISTAS:

El legislador establece, en el artículo 4 de la Ley, una serie de requisitos exigibles tanto a los contratistas, como a los subcontratistas, buscando evitar la existencia de falsas empresas, sin solvencia, sin medios que son además fuentes peligrosas de accidentes. En este sentido se establecen:

- a) Deben tratarse de empresas reales, con una organización productiva propia, lo que incluye los medios materiales y personales necesarios para poder realizar su actividad, asumiendo también lo que define el propio concepto de empresa, es decir, asumiendo los riesgos, responsabilidades y obligaciones que conlleva toda actividad empresarial. (Art. 4. 1 a) y b))
- b) Para evitar el fraude tanto respecto a empresas como a autónomos, se establece (Art. 4 1 c) que ambos deben ser los que organicen y dirijan sus trabajos y en el caso de los autónomos, que los sean realmente, aunque en ambos supuestos cabe el sometimiento a las órdenes generales de planificación y ejecución de la obra que le correspondería al contratista principal.
- c) Se establece (Art. 4.2 a)) la necesidad de que se disponga de personal con la formación necesaria en prevención de riesgos, y tanto para el personal directivo como para la mano de obra directa, y deberá tener uno de los modelos de organización de los previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
- d) Se crea un registro de Empresas acreditadas (Art. 6), que dependerá de la Autoridad de la Comunidad Autónoma, en donde se encuentre el domicilio social de la empresa, estableciendo un sistema de comunicación de todos los

¹⁶ Art. 3 h) Ley 32/2006 de 18 de octubre.

¹⁷ En el apartado i) del art. 3 al decir que será “*cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor*”.

registros y las formas de acceso, así como se establece que reglamentariamente se establecerá tanto la forma como los contenidos de dicho registro, y algo importante la inscripción tendrá validez para todo el territorio nacional. Se pretende con este registro dotar de un mayor rigor y transparencia para los contratantes a la hora de efectuar las contrataciones y subcontrataciones. Para ello las empresas acreditarán cumplir los requisitos que hemos venido reseñando en los puntos anteriores, mediante el sistema de efectuar una declaración documental, de que cumplen los requisitos (Art. 4.3), algo que se concretará también en cuanto a forma y contenido en el desarrollo reglamentario.

- e) La novedad más importante de la Ley, sin embargo, se encuentra en el tema del empleo en estas empresas¹⁸, ya que aquellas que se contraten “*habitualmente*” en trabajos de obras de construcción, se ven obligadas a tener una parte de la plantilla con trabajadores que tengan un contrato indefinido, porcentaje que se inicia con un diez por ciento desde la fecha de entrada en vigor de la Ley y durante los primeros dieciocho meses de su vigencia, continúa con un veinte por ciento en el periodo del mes decimonoveno al trigésimo sexto para llegar a ser del treinta por ciento a partir del mes trigésimo séptimo inclusive, aunque se advierte que la forma de efectuar el cómputo vendrá determinado de forma reglamentaria y no podemos saber si también se establecerá algún criterio para definir el concepto de *habitualidad*, aunque en este caso entendemos bastará con analizar el volumen de actividad económica de la empresa y ver qué parte es la dedicada a las obras de construcción.

3.3. -RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 5 de la Ley constituye, sin duda, el punto central de la reforma operada. La norma parte de un principio que se recalca, cual es que la subcontratación es un fenómeno existente en el sistema productivo de las empresas, y constituye una forma de organización productiva que como tal es legítimo, y que por lo tanto no puede ser limitado.

¹⁸ Tal y como se establece en el apartado 4 del Art. 4: “*Las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados de carácter indefinido que no será inferior al 10 por ciento durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20 por ciento durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30 por ciento a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive*”.

Sin embargo, la realidad de lo observado en numerosas obras en las que se detectan graves abusos, y su relación directa y constatada con la siniestralidad, llevan a que el legislador señale que no puede ser limitada, “*salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta ley*”. Es decir, se va a controlar el uso de la subcontratación en virtud de las razones a que antes hemos hecho referencia.

Así pues, se establece un régimen general que lo que hace es limitar hasta el tercer nivel la posibilidad de efectuar subcontrataciones, y ello se concreta desde el momento y punto inicial. El promotor será el que podrá contratar directamente con los contratistas que estime oportuno, siendo indiferente que se trate de personas físicas o jurídicas (Art. 5.2 a)).

El contratista principal, o el promotor si asumiera tales funciones, podrá dar a contratar la ejecución de los trabajos que hubiera contratado con el promotor, y lo podrá hacer tanto con empresas contratistas, como con trabajadores autónomos (Art. 5.2 b)), figura que aparece en la ley¹⁹, dada la relevancia e importancia que puede tener.

Y aquí surge la novedad (Art. 5.2 c)) pues sólo se va a permitir la subcontratación sucesiva a los que lo realicen estando en el primer o en el segundo nivel, de acuerdo con el concepto del artículo 3º a que antes hacíamos referencia, es decir, a los escalones en que se estructura el sistema de subcontratación para desarrollar el total o parte de la obra que asume el contratista en virtud del contrato que tiene con el promotor. Así, el tercer subcontratista no podría ya subcontratar aquellos trabajos que venga realizando en virtud de su contrato, ni con otras empresas subcontratistas ni con trabajadores autónomos. Se produce pues aquí el fin de la subcontratación, el límite real al exceso de empresas en las obras.

Esta regla general del tercer nivel tiene, sin embargo, dos limitaciones y unas posibilidades de excepción. En el primer caso, se trata de una prohibición general de subcontratar a aquellas empresas que sólo colaboran en la obra aportando mano de obra, es decir trabajadores cuyo único trabajo se realice con herramientas manuales, o motorizadas portátiles, y que los otros equipos de trabajo sean de otras empresas de la obra. Pensemos en una empresa de albañilería, que sólo aporta albañiles con sus herramientas manuales, o con sierras de disco propias, pero que obviamente usará los

¹⁹ Vid: MARTÍNEZ BARROSO, M. R. : “ *La existencia del deber de vigilancia empresarial en las contrataciones a los trabajadores autónomos, tras la entrada en vigor de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*”. Aranzadi Social, núm. 18, año 2006 [BIB 2006\1992]

materiales de la hormigonera de la obra o los medios para subirlos a las plantas, por ejemplo, montacargas del contratista principal.

Parece claro que en este supuesto no puede haber ninguna razón para subcontratar, salvo para realizar abusos, como sería el crear unidades falsas de obra, como serían albañilería de interior o exterior, distinguiendo tipos de paredes, etc. y que lo que deberá hacerse será contratar la propia empresa más trabajadores si hay mayor cantidad de trabajo, no pudiendo recurrir a otra subcontratación.

Tampoco se permite (Art. 5,2 e)) la subcontratación y con carácter general, cuando se trate de trabajadores autónomos, que por lo tanto no podrá subcontratar los trabajos a ellos encomendados, ni con otros trabajadores autónomos ni con empresas subcontratistas.

El legislador, sin embargo, establece una posibilidad de extender el tercer nivel²⁰ a que antes hemos hecho referencia, pero es una posibilidad excepcional, y como tal restrictiva, y que sólo puede obedecer a cuatro causas:

- a) casos fortuitos
- b) exigencias de especialización
- c) complicaciones técnicas
- d) fuerza mayor

Si descendemos al detalle, es obvio que en un derribo puede surgir la aparición de materiales, o riesgos imprevistos, en una excavación pueden aparecer dificultades añadidas en los trabajos por las características del terreno, o unas fuertes lluvias pueden exigir que tengamos que contratar empresas con medios especializados para el rápido secado y extracción de agua, es decir, en todos estos casos habría una justificación obvia para la aparición de un nivel adicional.

Ahora bien, para ello se requiere que la dirección facultativa de la obra lo justifique y lo apruebe, señalando la causa o causas que den lugar a dicha situación excepcional, lo anotará en el Libro de Subcontratación, y además de que dicho Libro

²⁰ Al establecer en el primer párrafo del apartado 3 del art. 5: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando en casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra, fuera necesario, a juicio de la dirección facultativa, la contratación de alguna parte de la obra con terceros, excepcionalmente se podrá extender la subcontratación establecida en el apartado anterior en un nivel adicional, siempre que se haga constar por la dirección facultativa su aprobación previa y al causa o causas motivadoras de la misma en el Libro de Subcontratación al que se refiere el artículo 7 de esta Ley”. Y añadiendo en el segundo párrafo la excepción ante la concurrencia de fuerza mayor al decir que “No se aplicará la ampliación excepcional de la subcontratación prevista en el párrafo anterior en los supuestos contemplados en las letras e) y f) del apartado anterior, salvo que la circunstancia motivadora se la de fuerza mayor”

esté a disposición de todos los implicados en la obra a los que luego haremos referencia, se señala expresamente que se pondrá en conocimiento tanto del coordinador de seguridad y salud, como de todos los representantes de los trabajadores de las empresas que se encuentren en el ámbito de aplicación de sus trabajos, porque pueden verse afectadas, y además en el plazo de los cinco días hábiles siguientes, lo pondrá en conocimiento de la Autoridad Laboral, en tal caso además de la anotación en el Libro se habla de un informe expreso de la dirección facultativa señalando las causas de su necesidad, algo que puede aparecer como reiterativo a lo ya contenido en el Libro o que puede ser ampliatorio de aquel, y en todo caso lo lógico es que tal informe lo tramita la Autoridad Laboral tanto a sus propios servicios técnicos, como en especial a la Inspección de Trabajo.

Nos encontramos pues ante unos supuestos excepcionales, que el legislador ha procurado rodear de todas las garantías necesarias para que sean realmente excepcionales, obedezcan a unas razones tasadas y justificadas y controlables par evitar que sean un mal uso de la ley.

Este nivel adicional, sin embargo, no podrá realizarse nunca ni por trabajadores autónomos, ni tampoco por aquellas empresas a que antes hacíamos referencia como de fundamentalmente aportación de mano de obra.

3.4. -REGISTRO DE EMPRESAS ACREDITADAS:

Como una garantía adicional, y en línea con lo sucedido en otras legislaciones, se va a crear el Registro de Empresas (art. 6). Este Registro tendrá carácter autonómico, y por lo tanto, la inscripción deberá hacerse por cada empresa en la Comunidad en la que aquella tenga el domicilio social, aunque la inscripción lógicamente tendrá luego carácter nacional, y aquí se señala que será un registro de datos de acceso público, obviamente como dice el legislador salvaguardando el respeto a los datos que afectan al derecho a la intimidad.

Habrá, sin embargo que esperar al desarrollo reglamentario que deberá determinar capítulos y temas tan importantes, como cuál será el contenido de los datos a aportar al Registro, la forma de la inscripción, y los efectos, pero sobre todo la necesidad de un sistema que permita la coordinación de todos los registros.

3.5.- EL LIBRO DE SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 8 de la Ley plantea el Libro de Subcontratación, en la línea del Libro Registro que también establece en la reforma que se opera en el art. 42 E.T²¹..

Este libro es el principal documento que permitirá durante la realización de una obra, el poder conocer y controlar el cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la misma, y así se indica, en primer lugar, que deberá permanecer en todo momento en la obra, y que reflejará, siempre en orden cronológico, todas las subcontrataciones realizadas, detallando todas las operaciones que deben incluirse en las anotaciones,, con identificaciones tanto de las empresas, como de las personas responsables, así como que deberá señalarse el nivel que corresponde a cada subcontratación, y las acreditaciones de las obligaciones en materia de prevención de riesgos.

Este es un Libro al que tendrán acceso desde el coordinador, las empresas implicadas, y por supuesto la Autoridad Laboral, los técnicos de prevención, los delegados de prevención y los representantes de los trabajadores en todas las empresas que intervengan en la obra. Este libro se determina que reglamentariamente se establecerán sus condiciones, y sus contenidos.

Asimismo, se produce una importante novedad, dado que el texto de la Ley contempla la previsión de que se va a revisar toda la documentación existente ahora en la empresa, buscando con ello el conseguir una unificación y simplificación de dicha documentación.

En este sentido, es importante el art.10 que plantea la documentación que acredite la formación preventiva de los trabajadores, aunque es un artículo que puede quedar muy inconcreto, ya que en primer lugar vuelve a recordar la obligación general de las empresas de velar porque los trabajadores tengan la formación necesaria y adecuada en el tema de prevención, así como se remite a la posibilidad de que la negociación colectiva “*pueda*” establecer aquellos programas de formación que puedan ser individualizados por puestos de trabajo, pero quizás hubiera sido de desear el “*deba*” en lugar del “*pueda*” haciendo tal cláusula contenido obligatorio del convenio en un sector tan peligroso como este.

²¹ Vid: SEMPERE NAVARRO, A. V.: “*Los fenómenos interempresariales y el nuevo Libro registro tras el Real Decreto Ley 5/2006: un esquema*”. Aranzadi Social, números 7-8 año 2006 [BIB 2006/926]

También se plantea el tema del documento acreditativo de la formación preventiva específica que haya recibido cada trabajador, abriendo una doble posibilidad, que esta regulación la efectúe la propia negociación colectiva del sector, o bien se haga reglamentariamente.

Este documento, sin embargo, ofrece fuertes dosis de voluntarismo a la hora de definirlo, porque su diseño, ejecución y expedición puede, es decir es una posibilidad, realizarse a través de los órganos paritarios de los convenios sectoriales estatales, en colaboración con la Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Si unimos esta redacción posibilista con el párrafo anterior, que habla de una doble vía, podríamos habernos encontrado con el retraso en la regulación de un tema que pensamos es necesario sea tratado de forma más urgente, aunque parece, según algunas fuentes²², puede estar cercana su aprobación en el seno de la Fundación Laboral de la Construcción. Se tratará de un documento con validez para cinco años y que al renovarse se debería volver a acreditar la formación.

Por último, en el texto legal habían surgido dudas respecto a la titularidad de los bienes utilizados por las empresas, y en concreto sobre el título que debían tener las empresas sobre tales bienes, dado que en el artículo cuatro y al hablar de los requisitos exigibles a las empresas, tanto contratistas como subcontratistas, se refiere a que deben tener una organización productiva propia, que justifique y establece de forma clara su realidad como tal empresa evitando existan empresas creadas artificialmente por otras para diluir responsabilidades, y que carezcan de cualquier elemento de aquellos que la jurisprudencia ha considerado deben existir para que exista tal realidad empresarial.

Es claro que el artículo octavo habla de posesión de la maquinaria, que lo puede ser por ejemplo por alquiler, pensemos en los grandes equipos de trabajo, de muy alto coste o muy especializados, por lo tanto no debe entenderse exista contradicción entre ambos planteamientos. Por un lado deben disponer de una auténtica empresa, pero a su vez esta puede utilizar equipos que obviamente puede recabar de otras empresas.

3.6. -INFRACCIONES Y SANCIONES:

La Ley contiene una amplia reforma de la normativa en materia de infracciones y sanciones en el orden social²³ (LISOS). Así en primer lugar en las

²² Gaceta Prevención (Lex Nova) Año III, núm. 55, de 19 de marzo de 2007.

²³ Nos referimos al RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

infracciones en materia laboral, en concreto, y como infracción muy grave, se define en el artículo 8²⁴ el incumplimiento de la obligación de fijeza en la plantilla establecida en esta Ley, y que se concretará en un posterior desarrollo reglamentario.

Pero es en materia de prevención de riesgos en donde se producen las mayores novedades. Así en el art. 11 LISOS, se establecen dos nuevas infracciones de carácter leve, cuales son el “*no disponer en la obra de construcción del Libro de Subcontratación*” (art. 11.6 LISOS), y “*no disponer el contratista o subcontratista de la documentación o título*” que le permita acreditar estar en posesión de la maquinaria que utiliza (art. 11.7 LISOS).

Son pues obligaciones de carácter formal o documental que se consideran leves, aunque maticemos que en el primer supuesto será el no disponer del Libro en la obra, en el momento de la visita, pero luego será grave el no llevarlo en orden al día, con lo cual presupone que será también el no tenerlo en absoluto, porque en caso contrario sería una contradicción.

Como infracciones graves, en materia de prevención de riesgos, se detallan tres nuevos apartados en el art.12 LISOS, en concreto el punto 27 se refiere a las obligaciones del *subcontratista*, en concreto sancionan, en el apartado a), los incumplimientos *del deber de acreditar* que se dispone de los recursos humanos, que se tiene un sistema de organización de la prevención adecuado y que se encuentra inscrita en el Registro de Empresas. Por otro lado se sanciona, en el apartado b), el incumplimiento *de la obligación de comunicar los datos* necesarios para que pueda ser cumplimentado correctamente el Libro de Subcontratación, y por último, en el apartado c), superar los niveles permitidos de subcontratación o permitirla en los ámbitos excluidos de ejecución de subcontrataciones.

El punto 28, del artículo 12, se refiere a las obligaciones del *contratista*, repitiendo las que contemplan *supuestos no previstos*, o de *acreditar los medios* de que disponen, y, como hemos significado antes, el *no llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación* y como infracción particular y concreta del contratista *la vulneración de los derechos de información sobre las contratas y subcontratas* que se realicen, y que debe facilitar a los representantes de los trabajadores.

²⁴ Así se introduce en la Disposición adicional primera de la Ley, con el siguiente texto: “16. El incumplimiento de la normativa sobre limitación de la proporción mínima de trabajadores contratados con carácter indefinido contenida en la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y en su reglamento de aplicación”

Por último, el punto 29 contiene una sanción específica del *promotor*, ya que lo será el certificar, *sin que concurran las causas*, por parte de la dirección facultativa que se da un supuesto de *ampliación* de niveles de subcontratación.

La reforma del art. 13 LISOS contiene las mismas infracciones referidas en el ámbito del *subcontratista*, *al deber de acreditación* de los recursos (apartado 15 a), a utilización indebida de la *subcontratación* en supuestos *no permitidos* (apartado 15 b), incluyendo el supuesto de que se faciliten *datos falsos al contratista o al subcontratista* (apartado 15 c) para el que trabaje, incumpliendo los requisitos legales. En los dos primeros casos, será muy grave cuando se trate de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y la salud de los trabajadores en el sector de la construcción, contenidos en el anexo II del RD 1627/1997.

En relación con los *contratistas* (apartado 16), también se considerarán muy graves en el caso de dichos trabajos con *riesgos especiales* (apartado 16 a)), los incumplimientos en relación con *el deber de acreditar* (apartado 16 b)) de sus medios o realizar supuestos prohibidos superando los niveles permitidos (apartado 16 c)).

Y por último, en el apartado 17, y para el caso de *trabajos con riesgos especiales*, y tratándose de *promotores*, se considerará muy grave la actuación de la dirección facultativa ampliando un nivel sin causa.

3.7.- OTRAS CUESTIONES:

La Ley contiene una serie de normas en sus Disposiciones adicionales segunda y tercera, referidas, en el primer supuesto a aquellas otras incluidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la Disposición adicional tercera²⁵ permite que la negociación colectiva del sector, a nivel estatal, realice (“*podrá*”) un adaptación de la actual regulación normativa del contrato de obra o servicio determinado para poder conseguir una mejora en la situación del empleo. Hemos de precisar que esta Disposición adicional tercera, la consideramos necesaria dada la reforma normativa introducida en el párrafo 5 de art. 15 ET a través de la Ley 43/2006 sobre encadenamiento de los contratos temporales, entre ellos los de obra o servicio determinado, que son los típicos

²⁵ Así establece que “*Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio de terminado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación.*”

del sector de la construcción, y que los limita a veinticuatro meses de duración en un periodo de treinta meses y en su párrafo segundo encomienda, a la negociación colectiva, establecer los requisitos necesarios para evitar una utilización excesiva. Lógicamente con la actual regulación contenida en el convenio estatal del sector²⁶ que prevé la duración del contrato de obra o servicio por un periodo de treinta y seis meses, si no existe esa adaptación, difícilmente podemos esperar el cumplimiento del precepto legal.

Por último, y tras cifrar la entrada en vigor en seis meses, es decir, hasta el 19 de abril de 2007, se establece una ficha en el anexo provisional hasta en tanto aparezca desarrollado reglamentariamente el libro de subcontratación.

²⁶ Resolución de 26 de julio de 2002, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio Colectivo General del sector de la Construcción 2002-2006, que en su artículo 28 para el contrato “*fijo de obra*” cuyo objeto es el contenido en el art. 15 1 a) ET, prevé que podrá trabajar en distintos centros de trabajo sucesivos durante un máximo de tres años, previendo que incluso puedan prolongarse más allá sin perder el carácter temporal, al contraponerlo, en el art. 28, al contrato “*fijo de plantilla*”.

“LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.”

Por María Angeles Burgos Giner. Profesora Titular EU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universitat Jaume I Castellón., y Vicente Sampedro Guillamón. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

1.-INTRODUCCIÓN:

La evolución de las relaciones laborales, y de la legislación que las regula, viene ajustándose a los cambios que en los sistemas económicos y productivos se vienen produciendo. Así tras la llamada crisis del petróleo, surgió el llamado, a su vez, derecho del Trabajo de la crisis y algunos de los principios que parecía inmutables van sufriendo fuertes golpes que llegan a desnaturalizarlos, por ejemplo al existir un “contrato temporal de fomento del empleo¹”, no causal. Aunque también es lo cierto que los gobiernos y las legislaciones han comprobado que se habían producido muchos abusos y han querido volver atrás, como lo sucedido en nuestro país en la reciente reforma laboral².

Sin embargo, hay algunos cambios que no van a desaparecer, y entre ellos se citaría a los fenómenos de la descentralización productiva o a la externalización de funciones, a través de las figuras de las contratatas y subcontratatas como medios para auxiliarse las empresas y así poder dar cumplimiento a los compromisos adquiridos. Ya que, como ha señalado la doctrina, al referirse a la descentralización productiva, debe de “contemplarse como una técnica de gestión”, sin olvidar que cuenta con un instrumento, que es la flexibilidad, ya que “la cuestión de fondo es la relativa a su utilización para

¹ Sería el caso, por ejemplo del RD 1989/1984, de 17 de octubre y todas las intervenciones normativas flexibilizando la contratación temporal. Ya que si recordamos, en la redacción dada art. 17.3 del E.T./1980 se contemplaba la habilitación dada al Gobierno para la adopción de medidas que facilitarían la colocación de trabajadores demandantes de empleo, y bajo esta cobertura legal aparece una modalidad contractual de carácter coyuntural: la contratación temporal de fomento del empleo, que fue muy utilizada hasta la reforma del ET en 1995, y que en la actualidad queda solamente vigente para los trabajadores con discapacidad de acuerdo con la Disposición Adicional primera de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo. Sobre la temporalidad como medida de fomento del empleo: vid. SEGURA, J, DURÁN, F, TOHARIA, L y BENTOLILA, S: “Análisis de la contratación temporal en España”, Madrid, 1991, MTSS, en especial pág .25. ELORDI DENTICI, A, DEL REY GUANTER, S, SERRANO MARTÍNEZ, J Y GALA DURÁN, C: “Trabajo, temporalidad y Empresas de Trabajo temporal en España”, Madrid 2001, Agett, en especial págs. 129 y sgs; sobre la evolución del empleo temporal entre 1976 y 2001.

² Nos referimos a la operada a través del RD Ley 5/2006 de 9 de junio y que se convirtió en la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo.

reducir costes y hacer posible un uso flexible de la mano de obra mediante la diversificación de las fuentes de aportación del volumen de mano de obra que la empresa precisa para su funcionamiento”³. En el primer caso, los trabajos son dados a las empresas fuera de la principal, por ejemplo los talleres en el sector de la confección, o incluso a países llamados del tercer mundo, y en el supuesto de la externalización de funciones, la empresa va desgajando las labores no directamente relacionadas con su trabajo central, y las va dejando en mano de terceras empresas que realizan sus trabajos en su propio centro de trabajo.

Puede parecer extraño, pero ahora se pretende que una empresa que fabrique azulejos, se dedique solamente a eso, pero es obvio que ahora el personal dedicado a limpieza, a mantenimiento, a seguridad no es de la propia empresa sino que es contratado a empresas terceras que prestarán allí sus servicios.

Incluso en un paso más, los propios trabajos centrales del proceso productivo, pueden ser cubiertos en caso de necesidades extraordinarias, por ejemplo aumentos de pedidos o bajas de varios trabajadores por enfermedad, bien por contratos de duración determinada contratados por la propia empresa o bien recurriendo a una empresa de trabajo temporal, en un fenómeno que hemos denominado siempre cesión de trabajadores, antes ilícito administrativo, incluso penal, pero que ahora sólo lo será en el caso de efectuarse fuera de una empresa de trabajo temporal, o de la regulación normativa de estas.

Si esta situación es general en la mayor parte de empresas, sea cual sea su tamaño y su sector, el tema se vuelve más preocupante cuando hablamos de las obras de construcción. En ellas confluyen siempre varias empresas que se corresponden con las distintas unidades de una obra, y a su vez estas contratistas vuelven a subcontratar parte de sus trabajos a unos subcontratistas o a trabajadores autónomos.

En principio, cualquier presencia de varias empresas en un mismo lugar de trabajo siempre entraña un riesgo añadido, podríamos decir que los riesgos de cada trabajo se van acumulando, y más aún si consideramos el sector de la construcción, en que ya no se acumulan sino que se multiplican y son una de las causas que producen la alta siniestralidad del sector.

³ Tal y como lo ha expresado RIVERO LAMAS, J : “*La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*” en AA.VV.: “*Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*” X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid 2000, MTSS, pag. 81.

Por ello, el legislador ha venido introduciendo reformas en el tema de las contratas y subcontratas, en general y en cualquier empresa, y en mayor detalle y con una dirección centrada en la prevención de riesgos laborales, en el sector de la construcción. A estas dos reformas normativas vamos a referirnos.

2.- REFORMAS EN LA NORMATIVA GENERAL:

El pasado mes de junio de 2006, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado, en concreto el del día 14, el Real Decreto- Ley 5/2006 de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo. Estamos ante una norma que, sin duda, constituye un punto importante de inflexión en la normativa laboral, ya que afronta el tema del empleo desde la órbita ya no de la mera cantidad, sino buscando una mejor calidad, buscando solucionar algunos problemas que se vienen detectando, entre ellos, el más importante el del encadenamiento de contratos.

El Real Decreto- Ley nace del acuerdo entre la CEOE, CEPYME, UGT y CC. OO. , dentro de los diversos ámbitos que se han ido promocionando para el Diálogo Social. Pues bien, esta norma ha sido ya transformada por nuestras Cortes Generales en Ley 43/2006 de 29 de diciembre, y en ella se contempla también como tema de interés el del fenómeno de la subcontratación, buscando como señala la propia Exposición de Motivos *“asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva sea compatible con la protección de los trabajadores especialmente cuando se trate de empresas principal, contratista y subcontratista que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo”*⁴, añadiendo además el interés por deslindar estos supuestos que pueden producir en algunos casos supuestos de cesión ilegal, para lo cual incluso se produce lo que se señala como definición de cesión ilegal de trabajadores, más bien una descripción, de supuestos, eso sí recordando que la cesión legal de trabajadores sólo puede realizarse por las empresas de trabajo temporal.

En el tema de contratas y subcontratas, pues, en la línea de lo ya actuado en anteriores reformas, el art.42 ET viene a incluir las siguientes novedades:

1.- En el apartado 4 del art. 42 ET, aparece un nuevo concepto⁵, cual es el de empresa que comparta de forma continuada un mismo centro de trabajo, un caso que

⁴ Párrafo séptimo, apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre.

⁵ Al establecer en el párrafo segundo que: *“Cuando la empresa principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá de disponer de un libro*

fácilmente se encuentra con temas como limpieza, seguridad, entre otros. En este supuesto se establece un libro de registro que reflejará toda la información a que se refiere el mismo artículo, en el mismo apartado, respecto a todas las empresas afectadas. Esta información deberá contener el nombre o razón social, domicilio y NIF de la empresa contratista o subcontratista, el objeto, lugar y duración de la contrata, el número de trabajadores ocupados y las medidas preventivas de coordinación de actividades a efectos de la prevención de riesgos. Coincidiendo esta información con la que debe informar a los representantes de los trabajadores, e insistiendo con que, estará dicho libro a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

2.- Se añade un nuevo apartado 6,⁶ que establece que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas podrán plantear cuestiones a los representantes de los trabajadores de la empresa principal, entendemos que se trata de la representación unitaria, es decir delegados de personal o comités de empresa, por referirlo a la representación legal cuando carece de ella.

Se exige para ello la concurrencia de dos requisitos, uno que carezcan de representación legal propia, y además que se trate de temas relacionados a las condiciones de ejecución del trabajo por ejemplo problemas de vestuarios, y no relativos sólo a su empresa, por ejemplo, retrasos en el pago de los salarios.

3.- Pero para el supuesto en que sí cuenten representación legal, se adiciona en el art. 42 ET un nuevo apartado 7, que permite que los representantes legales, si los hubiere, de las empresas contratistas y subcontratistas, y para el supuesto que compartieran centro de trabajo de forma continuada, puedan reunirse para coordinarse entre ellos, y todo ello en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley. Referencia esta última que sólo plantea en el texto legal, es decir en el art. 81 del ET⁷, el uso de locales y

de registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes de los trabajadores”.

⁶ “6. Los trabajadores de las empresas contratista y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación.

Lo dispuestos en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende”.

⁷ Que tras la reforma efectuada, se adicionaba a su anterior redacción: “La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden en la empresa”. Sin que olvidemos que mantiene la misma redacción respecto del derecho al local para desarrollar sus actividades condicionado a que “sus características lo permitan” como también el que: “Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo”.

tablón de anuncios, recordando que en este supuesto de contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo, se permite que podrán hacer uso de dichos locales, remitiéndose a lo que se acuerde con la empresa.

El texto no resuelve las dudas sobre esas reuniones entre los representantes legales, no parece que estemos hablando de ningún órgano creado para este supuesto, por lo que nos encontramos con un tema que será desarrollado en el seno de la propia empresa principal, y quizás habría que entender que igual que lo referido a locales, debería de haber, un acuerdo colectivo con la empresa, cuyo contenido contemplara temas como el aviso previo de la reuniones, el momento de efectuarlas ya bien dentro o fuera de la jornada, sin o con crédito horario específico pero dentro del uso legal del que ya tienen, es decir, temas todos que dependerán de la facultad de autoorganización de los representantes de los trabajadores. Que entendemos estarán en la línea de poder continuar efectuando sus funciones de representación, a través de las reuniones en los locales cedidos por la empresa principal, en donde indirectamente sobre éste empresario principal recae la obligación de “facilitar” los locales que serán los medios que permitirán la celebración de esas reuniones entre ambas representaciones o por separado.⁸ Y en todo caso, será la negociación colectiva la encargada de determinar tanto la capacidad como el ámbito de actuación de la representación, al establecerlo así el art.42.7 ET, ante la falta de claridad del precepto.

3.- LA LEY 32/2006, REGULADORA DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN:

Durante mucho tiempo, se ha venido detectando que en el fenómeno de la alta siniestralidad de la construcción influyen diversos factores, como la temporalidad y variabilidad de cualquier obra, los contratos en precario de muchos trabajadores, etc..., pero sin duda uno de los factores que se ha venido resaltando por su carácter principal en esa siniestralidad, es el del fenómeno de la proliferación de empresas en un centro de trabajo, que es una obra. Ello conlleva a que en muchas ocasiones, ese factor de presencias conjuntas produzca una auténtica multiplicación de los riesgos.

⁸ Vid: MONEREO PÉREZ, J. L.: “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, Aranzadi Social, número 19, año 2006, [BIB 2006\2067] que considera que del precepto se desprende un “llamamiento de Acuerdo colectivo de empresa que determine las condiciones de utilización compartida o uso conjunto de los locales para celebrar reuniones internas entre las distintas representaciones legales de las empresas implicadas en el proceso de subcontratación”.

Ante este tema, y sin olvidar que el fenómeno de la subcontratación obedece a características propias del sector, “*tradición*” le llama la Exposición de Motivos, y a las necesidades de los procesos de externalización productiva o de la especialización, tampoco se puede obviar la necesidad de controlar el proceso que puede llevar a abusos, ya que pueden proliferar empresas sin organización productiva, y a la larga, como dice también la propia Exposición de Motivos “*los indicados excesos de subcontratación pueden facilitar la aparición de prácticas incompatibles con la seguridad y salud en el trabajo*”.⁹

La Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción¹⁰, pretende resolver los graves problemas que, insistimos, vienen planteando el fenómeno de la subcontratación, recortando su uso, como luego veremos, hasta el tercer nivel, y además estableciendo una serie de cautelas:

- a) Exige determinadas condiciones, limitadas y muy rígidas, para que puedan efectuarse subcontrataciones a partir de ese tercer nivel.
- b) Las empresas que quieran trabajar como contratista o subcontratista vienen precisadas a ofrecer unas garantías en cuanto calidad, solvencia, y también en cuanto a que deberán acreditar la formación en prevención de sus trabajadores.
- c) Se establece la obligatoriedad de que dichas empresas tengan en su seno un empleo estable, estableciéndose un porcentaje de la plantilla con trabajadores indefinidos, que comienza en el diez por ciento de la plantilla para llegar a un treinta por ciento.
- d) Se establecen sistemas de control documental de los trabajos, permitiendo así una mayor transparencia en las obras de construcción, a través del Libro de Subcontratación, al que se tiene amplio acceso, como luego veremos.

3.1.- OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY:

La Ley tiene un claro objetivo, cual es el regular la subcontratación en el sector de la construcción, estableciendo en su art.2 cuáles son los trabajos de construcción que

⁹ Último punto del Párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Contratación. Y, como mantiene la doctrina, esta Ley “*trata de hacer frente al gravísimo problema de la siniestralidad laboral en el sector de la construcción*”, vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: “*La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo*”. Aranzadi Social núm. 19, año 2006 [BIB 2006\2067]

¹⁰ BOE de 19 de octubre.

se constituyen en objeto de Ley¹¹, estableciendo una descripción de los trabajos que se efectúan desde que se inicia una obra hasta su terminación, y los que se puedan efectuar en toda obra de construcción, ya sea pública o privada, de construcción o de ingeniería civil.

El artículo 3 contempla un amplio capítulo de definiciones, que no plantean novedades, aunque sí aclara, de acuerdo con la Jurisprudencia, el concepto de promotor¹², y el de contratista o empresario principal¹³, pudiendo coincidir o no ambas figuras.

Se define el concepto de subcontratista, como aquel que asume el compromiso de realizar parte o unidades de obra, bien con contrato con el contratista principal o con otro subcontratista, y que se sujetará al proyecto por el que se rige la ejecución de la obra. También aparece una clarificación en este sentido que llevaría a denominarse primer subcontratista al que tiene como comitente al contratista, el segundo el contratista de aquel y así sucesivamente¹⁴.

La Ley sí que aporta dos novedades importantes. Por un lado el trabajador autónomo¹⁵, que asume partes de obra o instalaciones, y lo puede efectuar de forma personal o individual, es decir por él mismo, o bien empleando trabajadores por cuenta ajena, y en este último caso tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los

¹¹ Así, conforme el párrafo segundo de dicho artículo, se relacionan los trabajos objeto de la ley y que serán los de: “Excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento.

¹² Así, conforme el Art. 3 b) tendrá la consideración de “Promotor: cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra”

¹³ Define, en el apartado e) del art. 3, al contratista o empresario principal como “la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato.” Pero aclarando, en el segundo párrafo de dicho artículo que “Cuando el promotor realice directamente con medios materiales y humanos propios la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrá también la consideración de contratista a los efectos de la presente Ley; asimismo, cuando la contrata se haga con una Unión Temporal de Empresas, que no ejecute directamente la obra, cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de la obra que ejecute.

¹⁴ Cuando, en el apartado f): “Subcontratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente.”

¹⁵ Al definirlo en el apartado g) como “la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplea en la obra trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la presente Ley”

efectos de la Ley, ocupando por lo tanto un nivel y evitando así el fraude que podría cometerse.

También es importante en este sentido que se definan tanto la subcontratación como el nivel, calificando al primera como *práctica mercantil de organización productiva* por la cual se encarga parte del trabajo por parte del contratista o subcontratista *a otro subcontratista o a un trabajador autónomo*¹⁶. Y el nivel será cada uno de los escalones en que se va desarrollando el trabajo¹⁷.

3.2-REQUISITOS DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS O SUBCONTRATISTAS:

El legislador establece, en el artículo 4 de la Ley, una serie de requisitos exigibles tanto a los contratistas, como a los subcontratistas, buscando evitar la existencia de falsas empresas, sin solvencia, sin medios que son además fuentes peligrosas de accidentes. En este sentido se establecen:

- a) Deben tratarse de empresas reales, con una organización productiva propia, lo que incluye los medios materiales y personales necesarios para poder realizar su actividad, asumiendo también lo que define el propio concepto de empresa, es decir, asumiendo los riesgos, responsabilidades y obligaciones que conlleva toda actividad empresarial. (Art. 4. 1 a) y b))
- b) Para evitar el fraude tanto respecto a empresas como a autónomos, se establece (Art. 4 1 c) que ambos deben ser los que organicen y dirijan sus trabajos y en el caso de los autónomos, que los sean realmente, aunque en ambos supuestos cabe el sometimiento a las órdenes generales de planificación y ejecución de la obra que le correspondería al contratista principal.
- c) Se establece (Art. 4.2 a)) la necesidad de que se disponga de personal con la formación necesaria en prevención de riesgos, y tanto para el personal directivo como para la mano de obra directa, y deberá tener uno de los modelos de organización de los previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
- d) Se crea un registro de Empresas acreditadas (Art. 6), que dependerá de la Autoridad de la Comunidad Autónoma, en donde se encuentre el domicilio social de la empresa, estableciendo un sistema de comunicación de todos los

¹⁶ Art. 3 h) Ley 32/2006 de 18 de octubre.

¹⁷ En el apartado i) del art. 3 al decir que será “*cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor*”.

registros y las formas de acceso, así como se establece que reglamentariamente se establecerá tanto la forma como los contenidos de dicho registro, y algo importante la inscripción tendrá validez para todo el territorio nacional. Se pretende con este registro dotar de un mayor rigor y transparencia para los contratantes a la hora de efectuar las contrataciones y subcontrataciones. Para ello las empresas acreditarán cumplir los requisitos que hemos venido reseñando en los puntos anteriores, mediante el sistema de efectuar una declaración documental, de que cumplen los requisitos (Art. 4.3), algo que se concretará también en cuanto a forma y contenido en el desarrollo reglamentario.

- e) La novedad más importante de la Ley, sin embargo, se encuentra en el tema del empleo en estas empresas¹⁸, ya que aquellas que se contraten “*habitualmente*” en trabajos de obras de construcción, se ven obligadas a tener una parte de la plantilla con trabajadores que tengan un contrato indefinido, porcentaje que se inicia con un diez por ciento desde la fecha de entrada en vigor de la Ley y durante los primeros dieciocho meses de su vigencia, continúa con un veinte por ciento en el periodo del mes decimonoveno al trigésimo sexto para llegar a ser del treinta por ciento a partir del mes trigésimo séptimo inclusive, aunque se advierte que la forma de efectuar el cómputo vendrá determinado de forma reglamentaria y no podemos saber si también se establecerá algún criterio para definir el concepto de *habitualidad*, aunque en este caso entendemos bastará con analizar el volumen de actividad económica de la empresa y ver qué parte es la dedicada a las obras de construcción.

3.3. -RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 5 de la Ley constituye, sin duda, el punto central de la reforma operada. La norma parte de un principio que se recalca, cual es que la subcontratación es un fenómeno existente en el sistema productivo de las empresas, y constituye una forma de organización productiva que como tal es legítimo, y que por lo tanto no puede ser limitado.

¹⁸ Tal y como se establece en el apartado 4 del Art. 4: “*Las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados de carácter indefinido que no será inferior al 10 por ciento durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20 por ciento durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30 por ciento a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive*”.

Sin embargo, la realidad de lo observado en numerosas obras en las que se detectan graves abusos, y su relación directa y constatada con la siniestralidad, llevan a que el legislador señale que no puede ser limitada, “*salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta ley*”. Es decir, se va a controlar el uso de la subcontratación en virtud de las razones a que antes hemos hecho referencia.

Así pues, se establece un régimen general que lo que hace es limitar hasta el tercer nivel la posibilidad de efectuar subcontrataciones, y ello se concreta desde el momento y punto inicial. El promotor será el que podrá contratar directamente con los contratistas que estime oportuno, siendo indiferente que se trate de personas físicas o jurídicas (Art. 5.2 a)).

El contratista principal, o el promotor si asumiera tales funciones, podrá dar a contratar la ejecución de los trabajos que hubiera contratado con el promotor, y lo podrá hacer tanto con empresas contratistas, como con trabajadores autónomos (Art. 5.2 b)), figura que aparece en la ley¹⁹, dada la relevancia e importancia que puede tener.

Y aquí surge la novedad (Art. 5.2 c)) pues sólo se va a permitir la subcontratación sucesiva a los que lo realicen estando en el primer o en el segundo nivel, de acuerdo con el concepto del artículo 3º a que antes hacíamos referencia, es decir, a los escalones en que se estructura el sistema de subcontratación para desarrollar el total o parte de la obra que asume el contratista en virtud del contrato que tiene con el promotor. Así, el tercer subcontratista no podría ya subcontratar aquellos trabajos que venga realizando en virtud de su contrato, ni con otras empresas subcontratistas ni con trabajadores autónomos. Se produce pues aquí el fin de la subcontratación, el límite real al exceso de empresas en las obras.

Esta regla general del tercer nivel tiene, sin embargo, dos limitaciones y unas posibilidades de excepción. En el primer caso, se trata de una prohibición general de subcontratar a aquellas empresas que sólo colaboran en la obra aportando mano de obra, es decir trabajadores cuyo único trabajo se realice con herramientas manuales, o motorizadas portátiles, y que los otros equipos de trabajo sean de otras empresas de la obra. Pensemos en una empresa de albañilería, que sólo aporta albañiles con sus herramientas manuales, o con sierras de disco propias, pero que obviamente usará los

¹⁹ Vid: MARTÍNEZ BARROSO, M. R :“ *La existencia del deber de vigilancia empresarial en las contrataciones a los trabajadores autónomos, tras la entrada en vigor de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*”. Aranzadi Social, núm. 18, año 2006 [BIB 2006\1992]

materiales de la hormigonera de la obra o los medios para subirlos a las plantas, por ejemplo, montacargas del contratista principal.

Parece claro que en este supuesto no puede haber ninguna razón para subcontratar, salvo para realizar abusos, como sería el crear unidades falsas de obra, como serían albañilería de interior o exterior, distinguiendo tipos de paredes, etc. y que lo que deberá hacerse será contratar la propia empresa más trabajadores si hay mayor cantidad de trabajo, no pudiendo recurrir a otra subcontratación.

Tampoco se permite (Art. 5,2 e)) la subcontratación y con carácter general, cuando se trate de trabajadores autónomos, que por lo tanto no podrá subcontratar los trabajos a ellos encomendados, ni con otros trabajadores autónomos ni con empresas subcontratistas.

El legislador, sin embargo, establece una posibilidad de extender el tercer nivel²⁰ a que antes hemos hecho referencia, pero es una posibilidad excepcional, y como tal restrictiva, y que sólo puede obedecer a cuatro causas:

- a) casos fortuitos
- b) exigencias de especialización
- c) complicaciones técnicas
- d) fuerza mayor

Si descendemos al detalle, es obvio que en un derribo puede surgir la aparición de materiales, o riesgos imprevistos, en una excavación pueden aparecer dificultades añadidas en los trabajos por las características del terreno, o unas fuertes lluvias pueden exigir que tengamos que contratar empresas con medios especializados para el rápido secado y extracción de agua, es decir, en todos estos casos habría una justificación obvia para la aparición de un nivel adicional.

Ahora bien, para ello se requiere que la dirección facultativa de la obra lo justifique y lo apruebe, señalando la causa o causas que den lugar a dicha situación excepcional, lo anotará en el Libro de Subcontratación, y además de que dicho Libro

²⁰ Al establecer en el primer párrafo del apartado 3 del art. 5: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando en casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra, fuera necesario, a juicio de la dirección facultativa, la contratación de alguna parte de la obra con terceros, excepcionalmente se podrá extender la subcontratación establecida en el apartado anterior en un nivel adicional, siempre que se haga constar por la dirección facultativa su aprobación previa y al causa o causas motivadoras de la misma en el Libro de Subcontratación al que se refiere el artículo 7 de esta Ley”. Y añadiendo en el segundo párrafo la excepción ante la concurrencia de fuerza mayor al decir que “No se aplicará la ampliación excepcional de la subcontratación prevista en el párrafo anterior en los supuestos contemplados en las letras e) y f) del apartado anterior, salvo que la circunstancia motivadora se la de fuerza mayor”

esté a disposición de todos los implicados en la obra a los que luego haremos referencia, se señala expresamente que se pondrá en conocimiento tanto del coordinador de seguridad y salud, como de todos los representantes de los trabajadores de las empresas que se encuentren en el ámbito de aplicación de sus trabajos, porque pueden verse afectadas, y además en el plazo de los cinco días hábiles siguientes, lo pondrá en conocimiento de la Autoridad Laboral, en tal caso además de la anotación en el Libro se habla de un informe expreso de la dirección facultativa señalando las causas de su necesidad, algo que puede aparecer como reiterativo a lo ya contenido en el Libro o que puede ser ampliatorio de aquel, y en todo caso lo lógico es que tal informe lo tramita la Autoridad Laboral tanto a sus propios servicios técnicos, como en especial a la Inspección de Trabajo.

Nos encontramos pues ante unos supuestos excepcionales, que el legislador ha procurado rodear de todas las garantías necesarias para que sean realmente excepcionales, obedezcan a unas razones tasadas y justificadas y controlables par evitar que sean un mal uso de la ley.

Este nivel adicional, sin embargo, no podrá realizarse nunca ni por trabajadores autónomos, ni tampoco por aquellas empresas a que antes hacíamos referencia como de fundamentalmente aportación de mano de obra.

3.4. -REGISTRO DE EMPRESAS ACREDITADAS:

Como una garantía adicional, y en línea con lo sucedido en otras legislaciones, se va a crear el Registro de Empresas (art. 6). Este Registro tendrá carácter autonómico, y por lo tanto, la inscripción deberá hacerse por cada empresa en la Comunidad en la que aquella tenga el domicilio social, aunque la inscripción lógicamente tendrá luego carácter nacional, y aquí se señala que será un registro de datos de acceso público, obviamente como dice el legislador salvaguardando el respeto a los datos que afectan al derecho a la intimidad.

Habrá, sin embargo que esperar al desarrollo reglamentario que deberá determinar capítulos y temas tan importantes, como cuál será el contenido de los datos a aportar al Registro, la forma de la inscripción, y los efectos, pero sobre todo la necesidad de un sistema que permita la coordinación de todos los registros.

3.5.- EL LIBRO DE SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 8 de la Ley plantea el Libro de Subcontratación, en la línea del Libro Registro que también establece en la reforma que se opera en el art. 42 E.T²¹..

Este libro es el principal documento que permitirá durante la realización de una obra, el poder conocer y controlar el cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la misma, y así se indica, en primer lugar, que deberá permanecer en todo momento en la obra, y que reflejará, siempre en orden cronológico, todas las subcontrataciones realizadas, detallando todas las operaciones que deben incluirse en las anotaciones,, con identificaciones tanto de las empresas, como de las personas responsables, así como que deberá señalarse el nivel que corresponde a cada subcontratación, y las acreditaciones de las obligaciones en materia de prevención de riesgos.

Este es un Libro al que tendrán acceso desde el coordinador, las empresas implicadas, y por supuesto la Autoridad Laboral, los técnicos de prevención, los delegados de prevención y los representantes de los trabajadores en todas las empresas que intervengan en la obra. Este libro se determina que reglamentariamente se establecerán sus condiciones, y sus contenidos.

Asimismo, se produce una importante novedad, dado que el texto de la Ley contempla la previsión de que se va a revisar toda la documentación existente ahora en la empresa, buscando con ello el conseguir una unificación y simplificación de dicha documentación.

En este sentido, es importante el art.10 que plantea la documentación que acredite la formación preventiva de los trabajadores, aunque es un artículo que puede quedar muy inconcreto, ya que en primer lugar vuelve a recordar la obligación general de las empresas de velar porque los trabajadores tengan la formación necesaria y adecuada en el tema de prevención, así como se remite a la posibilidad de que la negociación colectiva “*pueda*” establecer aquellos programas de formación que puedan ser individualizados por puestos de trabajo, pero quizás hubiera sido de desear el “*deba*” en lugar del “*pueda*” haciendo tal cláusula contenido obligatorio del convenio en un sector tan peligroso como este.

²¹ Vid: SEMPERE NAVARRO, A. V.: “*Los fenómenos interempresariales y el nuevo Libro registro tras el Real Decreto Ley 5/2006: un esquema*”. Aranzadi Social, números 7-8 año 2006 [BIB 2006/926]

También se plantea el tema del documento acreditativo de la formación preventiva específica que haya recibido cada trabajador, abriendo una doble posibilidad, que esta regulación la efectúe la propia negociación colectiva del sector, o bien se haga reglamentariamente.

Este documento, sin embargo, ofrece fuertes dosis de voluntarismo a la hora de definirlo, porque su diseño, ejecución y expedición puede, es decir es una posibilidad, realizarse a través de los órganos paritarios de los convenios sectoriales estatales, en colaboración con la Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Si unimos esta redacción posibilista con el párrafo anterior, que habla de una doble vía, podríamos habernos encontrado con el retraso en la regulación de un tema que pensamos es necesario sea tratado de forma más urgente, aunque parece, según algunas fuentes²², puede estar cercana su aprobación en el seno de la Fundación Laboral de la Construcción. Se tratará de un documento con validez para cinco años y que al renovarse se debería volver a acreditar la formación.

Por último, en el texto legal habían surgido dudas respecto a la titularidad de los bienes utilizados por las empresas, y en concreto sobre el título que debían tener las empresas sobre tales bienes, dado que en el artículo cuatro y al hablar de los requisitos exigibles a las empresas, tanto contratistas como subcontratistas, se refiere a que deben tener una organización productiva propia, que justifique y establece de forma clara su realidad como tal empresa evitando existan empresas creadas artificialmente por otras para diluir responsabilidades, y que carezcan de cualquier elemento de aquellos que la jurisprudencia ha considerado deben existir para que exista tal realidad empresarial.

Es claro que el artículo octavo habla de posesión de la maquinaria, que lo puede ser por ejemplo por alquiler, pensemos en los grandes equipos de trabajo, de muy alto coste o muy especializados, por lo tanto no debe entenderse exista contradicción entre ambos planteamientos. Por un lado deben disponer de una auténtica empresa, pero a su vez esta puede utilizar equipos que obviamente puede recabar de otras empresas.

3.6. -INFRACCIONES Y SANCIONES:

La Ley contiene una amplia reforma de la normativa en materia de infracciones y sanciones en el orden social²³ (LISOS). Así en primer lugar en las

²² Gaceta Prevención (Lex Nova) Año III, núm. 55, de 19 de marzo de 2007.

²³ Nos referimos al RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

infracciones en materia laboral, en concreto, y como infracción muy grave, se define en el artículo 8²⁴ el incumplimiento de la obligación de fijeza en la plantilla establecida en esta Ley, y que se concretará en un posterior desarrollo reglamentario.

Pero es en materia de prevención de riesgos en donde se producen las mayores novedades. Así en el art. 11 LISOS, se establecen dos nuevas infracciones de carácter leve, cuales son el “*no disponer en la obra de construcción del Libro de Subcontratación*” (art. 11.6 LISOS), y “*no disponer el contratista o subcontratista de la documentación o título*” que le permita acreditar estar en posesión de la maquinaria que utiliza (art. 11.7 LISOS).

Son pues obligaciones de carácter formal o documental que se consideran leves, aunque maticemos que en el primer supuesto será el no disponer del Libro en la obra, en el momento de la visita, pero luego será grave el no llevarlo en orden al día, con lo cual presupone que será también el no tenerlo en absoluto, porque en caso contrario sería una contradicción.

Como infracciones graves, en materia de prevención de riesgos, se detallan tres nuevos apartados en el art.12 LISOS, en concreto el punto 27 se refiere a las obligaciones del *subcontratista*, en concreto sancionan, en el apartado a), los incumplimientos *del deber de acreditar* que se dispone de los recursos humanos, que se tiene un sistema de organización de la prevención adecuado y que se encuentra inscrita en el Registro de Empresas. Por otro lado se sanciona, en el apartado b), el incumplimiento *de la obligación de comunicar los datos* necesarios para que pueda ser cumplimentado correctamente el Libro de Subcontratación, y por último, en el apartado c), superar los niveles permitidos de subcontratación o permitirla en los ámbitos excluidos de ejecución de subcontrataciones.

El punto 28, del artículo 12, se refiere a las obligaciones del *contratista*, repitiendo las que contemplan *supuestos no previstos*, o de *acreditar los medios* de que disponen, y, como hemos significado antes, el *no llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación* y como infracción particular y concreta del contratista *la vulneración de los derechos de información sobre las contratas y subcontratas* que se realicen, y que debe facilitar a los representantes de los trabajadores.

²⁴ Así se introduce en la Disposición adicional primera de la Ley, con el siguiente texto: “16. El incumplimiento de la normativa sobre limitación de la proporción mínima de trabajadores contratados con carácter indefinido contenida en la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y en su reglamento de aplicación”

Por último, el punto 29 contiene una sanción específica del *promotor*, ya que lo será el certificar, *sin que concurran las causas*, por parte de la dirección facultativa que se da un supuesto de *ampliación* de niveles de subcontratación.

La reforma del art. 13 LISOS contiene las mismas infracciones referidas en el ámbito del *subcontratista*, *al deber de acreditación* de los recursos (apartado 15 a), a utilización indebida de la *subcontratación* en supuestos *no permitidos* (apartado 15 b), incluyendo el supuesto de que se faciliten *datos falsos al contratista o al subcontratista* (apartado 15 c) para el que trabaje, incumpliendo los requisitos legales. En los dos primeros casos, será muy grave cuando se trate de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y la salud de los trabajadores en el sector de la construcción, contenidos en el anexo II del RD 1627/1997.

En relación con los *contratistas* (apartado 16), también se considerarán muy graves en el caso de dichos trabajos con *riesgos especiales* (apartado 16 a)), los incumplimientos en relación con *el deber de acreditar* (apartado 16 b)) de sus medios o realizar supuestos prohibidos superando los niveles permitidos (apartado 16 c)).

Y por último, en el apartado 17, y para el caso de *trabajos con riesgos especiales*, y tratándose de *promotores*, se considerará muy grave la actuación de la dirección facultativa ampliando un nivel sin causa.

3.7.- OTRAS CUESTIONES:

La Ley contiene una serie de normas en sus Disposiciones adicionales segunda y tercera, referidas, en el primer supuesto a aquellas otras incluidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la Disposición adicional tercera²⁵ permite que la negociación colectiva del sector, a nivel estatal, realice (“*podrá*”) un adaptación de la actual regulación normativa del contrato de obra o servicio determinado para poder conseguir una mejora en la situación del empleo. Hemos de precisar que esta Disposición adicional tercera, la consideramos necesaria dada la reforma normativa introducida en el párrafo 5 de art. 15 ET a través de la Ley 43/2006 sobre encadenamiento de los contratos temporales, entre ellos los de obra o servicio determinado, que son los típicos

²⁵ Así establece que “*Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio de terminado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación.*”

del sector de la construcción, y que los limita a veinticuatro meses de duración en un periodo de treinta meses y en su párrafo segundo encomienda, a la negociación colectiva, establecer los requisitos necesarios para evitar una utilización excesiva. Lógicamente con la actual regulación contenida en el convenio estatal del sector²⁶ que prevé la duración del contrato de obra o servicio por un periodo de treinta y seis meses, si no existe esa adaptación, difícilmente podemos esperar el cumplimiento del precepto legal.

Por último, y tras cifrar la entrada en vigor en seis meses, es decir, hasta el 19 de abril de 2007, se establece una ficha en el anexo provisional hasta en tanto aparezca desarrollado reglamentariamente el libro de subcontratación.

²⁶ Resolución de 26 de julio de 2002, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio Colectivo General del sector de la Construcción 2002-2006, que en su artículo 28 para el contrato “*fijo de obra*” cuyo objeto es el contenido en el art. 15 1 a) ET, prevé que podrá trabajar en distintos centros de trabajo sucesivos durante un máximo de tres años, previendo que incluso puedan prolongarse más allá sin perder el carácter temporal, al contraponerlo, en el art. 28, al contrato “*fijo de plantilla*”.

“LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.”

Por María Angeles Burgos Giner. Profesora Titular EU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universitat Jaume I Castellón., y Vicente Sampedro Guillamón. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

1.-INTRODUCCIÓN:

La evolución de las relaciones laborales, y de la legislación que las regula, viene ajustándose a los cambios que en los sistemas económicos y productivos se vienen produciendo. Así tras la llamada crisis del petróleo, surgió el llamado, a su vez, derecho del Trabajo de la crisis y algunos de los principios que parecía inmutables van sufriendo fuertes golpes que llegan a desnaturalizarlos, por ejemplo al existir un “contrato temporal de fomento del empleo¹”, no causal. Aunque también es lo cierto que los gobiernos y las legislaciones han comprobado que se habían producido muchos abusos y han querido volver atrás, como lo sucedido en nuestro país en la reciente reforma laboral².

Sin embargo, hay algunos cambios que no van a desaparecer, y entre ellos se citaría a los fenómenos de la descentralización productiva o a la externalización de funciones, a través de las figuras de las contratatas y subcontratatas como medios para auxiliarse las empresas y así poder dar cumplimiento a los compromisos adquiridos. Ya que, como ha señalado la doctrina, al referirse a la descentralización productiva, debe de “contemplarse como una técnica de gestión”, sin olvidar que cuenta con un instrumento, que es la flexibilidad, ya que “la cuestión de fondo es la relativa a su utilización para

¹ Sería el caso, por ejemplo del RD 1989/1984, de 17 de octubre y todas las intervenciones normativas flexibilizando la contratación temporal. Ya que si recordamos, en la redacción dada art. 17.3 del E.T./1980 se contemplaba la habilitación dada al Gobierno para la adopción de medidas que facilitarían la colocación de trabajadores demandantes de empleo, y bajo esta cobertura legal aparece una modalidad contractual de carácter coyuntural: la contratación temporal de fomento del empleo, que fue muy utilizada hasta la reforma del ET en 1995, y que en la actualidad queda solamente vigente para los trabajadores con discapacidad de acuerdo con la Disposición Adicional primera de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo. Sobre la temporalidad como medida de fomento del empleo: vid. SEGURA, J, DURÁN, F, TOHARIA, L y BENTOLILA, S: “Análisis de la contratación temporal en España”, Madrid, 1991, MTSS, en especial pág .25. ELORDI DENTICI, A, DEL REY GUANTER, S, SERRANO MARTÍNEZ, J Y GALA DURÁN, C: “Trabajo, temporalidad y Empresas de Trabajo temporal en España”, Madrid 2001, Agett, en especial págs. 129 y sgs; sobre la evolución del empleo temporal entre 1976 y 2001.

² Nos referimos a la operada a través del RD Ley 5/2006 de 9 de junio y que se convirtió en la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo.

reducir costes y hacer posible un uso flexible de la mano de obra mediante la diversificación de las fuentes de aportación del volumen de mano de obra que la empresa precisa para su funcionamiento”³. En el primer caso, los trabajos son dados a las empresas fuera de la principal, por ejemplo los talleres en el sector de la confección, o incluso a países llamados del tercer mundo, y en el supuesto de la externalización de funciones, la empresa va desgajando las labores no directamente relacionadas con su trabajo central, y las va dejando en mano de terceras empresas que realizan sus trabajos en su propio centro de trabajo.

Puede parecer extraño, pero ahora se pretende que una empresa que fabrique azulejos, se dedique solamente a eso, pero es obvio que ahora el personal dedicado a limpieza, a mantenimiento, a seguridad no es de la propia empresa sino que es contratado a empresas terceras que prestarán allí sus servicios.

Incluso en un paso más, los propios trabajos centrales del proceso productivo, pueden ser cubiertos en caso de necesidades extraordinarias, por ejemplo aumentos de pedidos o bajas de varios trabajadores por enfermedad, bien por contratos de duración determinada contratados por la propia empresa o bien recurriendo a una empresa de trabajo temporal, en un fenómeno que hemos denominado siempre cesión de trabajadores, antes ilícito administrativo, incluso penal, pero que ahora sólo lo será en el caso de efectuarse fuera de una empresa de trabajo temporal, o de la regulación normativa de estas.

Si esta situación es general en la mayor parte de empresas, sea cual sea su tamaño y su sector, el tema se vuelve más preocupante cuando hablamos de las obras de construcción. En ellas confluyen siempre varias empresas que se corresponden con las distintas unidades de una obra, y a su vez estas contratistas vuelven a subcontratar parte de sus trabajos a unos subcontratistas o a trabajadores autónomos.

En principio, cualquier presencia de varias empresas en un mismo lugar de trabajo siempre entraña un riesgo añadido, podríamos decir que los riesgos de cada trabajo se van acumulando, y más aún si consideramos el sector de la construcción, en que ya no se acumulan sino que se multiplican y son una de las causas que producen la alta siniestralidad del sector.

³ Tal y como lo ha expresado RIVERO LAMAS, J : “*La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*” en AA.VV.: “*Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*” X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid 2000, MTSS, pag. 81.

Por ello, el legislador ha venido introduciendo reformas en el tema de las contratas y subcontratas, en general y en cualquier empresa, y en mayor detalle y con una dirección centrada en la prevención de riesgos laborales, en el sector de la construcción. A estas dos reformas normativas vamos a referirnos.

2.- REFORMAS EN LA NORMATIVA GENERAL:

El pasado mes de junio de 2006, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado, en concreto el del día 14, el Real Decreto- Ley 5/2006 de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo. Estamos ante una norma que, sin duda, constituye un punto importante de inflexión en la normativa laboral, ya que afronta el tema del empleo desde la órbita ya no de la mera cantidad, sino buscando una mejor calidad, buscando solucionar algunos problemas que se vienen detectando, entre ellos, el más importante el del encadenamiento de contratos.

El Real Decreto- Ley nace del acuerdo entre la CEOE, CEPYME, UGT y CC. OO. , dentro de los diversos ámbitos que se han ido promocionando para el Diálogo Social. Pues bien, esta norma ha sido ya transformada por nuestras Cortes Generales en Ley 43/2006 de 29 de diciembre, y en ella se contempla también como tema de interés el del fenómeno de la subcontratación, buscando como señala la propia Exposición de Motivos *“asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva sea compatible con la protección de los trabajadores especialmente cuando se trate de empresas principal, contratista y subcontratista que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo”*⁴, añadiendo además el interés por deslindar estos supuestos que pueden producir en algunos casos supuestos de cesión ilegal, para lo cual incluso se produce lo que se señala como definición de cesión ilegal de trabajadores, más bien una descripción, de supuestos, eso sí recordando que la cesión legal de trabajadores sólo puede realizarse por las empresas de trabajo temporal.

En el tema de contratas y subcontratas, pues, en la línea de lo ya actuado en anteriores reformas, el art.42 ET viene a incluir las siguientes novedades:

1.- En el apartado 4 del art. 42 ET, aparece un nuevo concepto⁵, cual es el de empresa que comparta de forma continuada un mismo centro de trabajo, un caso que

⁴ Párrafo séptimo, apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre.

⁵ Al establecer en el párrafo segundo que: *“Cuando la empresa principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá de disponer de un libro*

fácilmente se encuentra con temas como limpieza, seguridad, entre otros. En este supuesto se establece un libro de registro que reflejará toda la información a que se refiere el mismo artículo, en el mismo apartado, respecto a todas las empresas afectadas. Esta información deberá contener el nombre o razón social, domicilio y NIF de la empresa contratista o subcontratista, el objeto, lugar y duración de la contrata, el número de trabajadores ocupados y las medidas preventivas de coordinación de actividades a efectos de la prevención de riesgos. Coincidiendo esta información con la que debe informar a los representantes de los trabajadores, e insistiendo con que, estará dicho libro a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

2.- Se añade un nuevo apartado 6,⁶ que establece que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas podrán plantear cuestiones a los representantes de los trabajadores de la empresa principal, entendemos que se trata de la representación unitaria, es decir delegados de personal o comités de empresa, por referirlo a la representación legal cuando carece de ella.

Se exige para ello la concurrencia de dos requisitos, uno que carezcan de representación legal propia, y además que se trate de temas relacionados a las condiciones de ejecución del trabajo por ejemplo problemas de vestuarios, y no relativos sólo a su empresa, por ejemplo, retrasos en el pago de los salarios.

3.- Pero para el supuesto en que sí cuenten representación legal, se adiciona en el art. 42 ET un nuevo apartado 7, que permite que los representantes legales, si los hubiere, de las empresas contratistas y subcontratistas, y para el supuesto que compartieran centro de trabajo de forma continuada, puedan reunirse para coordinarse entre ellos, y todo ello en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley. Referencia esta última que sólo plantea en el texto legal, es decir en el art. 81 del ET⁷, el uso de locales y

de registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes de los trabajadores”.

⁶ “6. Los trabajadores de las empresas contratista y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación.

Lo dispuestos en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende”.

⁷ Que tras la reforma efectuada, se adicionaba a su anterior redacción: “La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden en la empresa”. Sin que olvidemos que mantiene la misma redacción respecto del derecho al local para desarrollar sus actividades condicionado a que “sus características lo permitan” como también el que: “Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo”.

tablón de anuncios, recordando que en este supuesto de contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo, se permite que podrán hacer uso de dichos locales, remitiéndose a lo que se acuerde con la empresa.

El texto no resuelve las dudas sobre esas reuniones entre los representantes legales, no parece que estemos hablando de ningún órgano creado para este supuesto, por lo que nos encontramos con un tema que será desarrollado en el seno de la propia empresa principal, y quizás habría que entender que igual que lo referido a locales, debería de haber, un acuerdo colectivo con la empresa, cuyo contenido contemplara temas como el aviso previo de la reuniones, el momento de efectuarlas ya bien dentro o fuera de la jornada, sin o con crédito horario específico pero dentro del uso legal del que ya tienen, es decir, temas todos que dependerán de la facultad de autoorganización de los representantes de los trabajadores. Que entendemos estarán en la línea de poder continuar efectuando sus funciones de representación, a través de las reuniones en los locales cedidos por la empresa principal, en donde indirectamente sobre éste empresario principal recae la obligación de “facilitar” los locales que serán los medios que permitirán la celebración de esas reuniones entre ambas representaciones o por separado.⁸ Y en todo caso, será la negociación colectiva la encargada de determinar tanto la capacidad como el ámbito de actuación de la representación, al establecerlo así el art.42.7 ET, ante la falta de claridad del precepto.

3.- LA LEY 32/2006, REGULADORA DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN:

Durante mucho tiempo, se ha venido detectando que en el fenómeno de la alta siniestralidad de la construcción influyen diversos factores, como la temporalidad y variabilidad de cualquier obra, los contratos en precario de muchos trabajadores, etc..., pero sin duda uno de los factores que se ha venido resaltando por su carácter principal en esa siniestralidad, es el del fenómeno de la proliferación de empresas en un centro de trabajo, que es una obra. Ello conlleva a que en muchas ocasiones, ese factor de presencias conjuntas produzca una auténtica multiplicación de los riesgos.

⁸ Vid: MONEREO PÉREZ, J. L.: “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, Aranzadi Social, número 19, año 2006, [BIB 2006\2067] que considera que del precepto se desprende un “llamamiento de Acuerdo colectivo de empresa que determine las condiciones de utilización compartida o uso conjunto de los locales para celebrar reuniones internas entre las distintas representaciones legales de las empresas implicadas en el proceso de subcontratación”.

Ante este tema, y sin olvidar que el fenómeno de la subcontratación obedece a características propias del sector, “*tradición*” le llama la Exposición de Motivos, y a las necesidades de los procesos de externalización productiva o de la especialización, tampoco se puede obviar la necesidad de controlar el proceso que puede llevar a abusos, ya que pueden proliferar empresas sin organización productiva, y a la larga, como dice también la propia Exposición de Motivos “*los indicados excesos de subcontratación pueden facilitar la aparición de prácticas incompatibles con la seguridad y salud en el trabajo*”.⁹

La Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción¹⁰, pretende resolver los graves problemas que, insistimos, vienen planteando el fenómeno de la subcontratación, recortando su uso, como luego veremos, hasta el tercer nivel, y además estableciendo una serie de cautelas:

- a) Exige determinadas condiciones, limitadas y muy rígidas, para que puedan efectuarse subcontrataciones a partir de ese tercer nivel.
- b) Las empresas que quieran trabajar como contratista o subcontratista vienen precisadas a ofrecer unas garantías en cuanto calidad, solvencia, y también en cuanto a que deberán acreditar la formación en prevención de sus trabajadores.
- c) Se establece la obligatoriedad de que dichas empresas tengan en su seno un empleo estable, estableciéndose un porcentaje de la plantilla con trabajadores indefinidos, que comienza en el diez por ciento de la plantilla para llegar a un treinta por ciento.
- d) Se establecen sistemas de control documental de los trabajos, permitiendo así una mayor transparencia en las obras de construcción, a través del Libro de Subcontratación, al que se tiene amplio acceso, como luego veremos.

3.1.- OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY:

La Ley tiene un claro objetivo, cual es el regular la subcontratación en el sector de la construcción, estableciendo en su art.2 cuáles son los trabajos de construcción que

⁹ Último punto del Párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Contratación. Y, como mantiene la doctrina, esta Ley “*trata de hacer frente al gravísimo problema de la siniestralidad laboral en el sector de la construcción*”, vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: “*La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo*”. Aranzadi Social núm. 19, año 2006 [BIB 2006\2067]

¹⁰ BOE de 19 de octubre.

se constituyen en objeto de Ley¹¹, estableciendo una descripción de los trabajos que se efectúan desde que se inicia una obra hasta su terminación, y los que se puedan efectuar en toda obra de construcción, ya sea pública o privada, de construcción o de ingeniería civil.

El artículo 3 contempla un amplio capítulo de definiciones, que no plantean novedades, aunque sí aclara, de acuerdo con la Jurisprudencia, el concepto de promotor¹², y el de contratista o empresario principal¹³, pudiendo coincidir o no ambas figuras.

Se define el concepto de subcontratista, como aquel que asume el compromiso de realizar parte o unidades de obra, bien con contrato con el contratista principal o con otro subcontratista, y que se sujetará al proyecto por el que se rige la ejecución de la obra. También aparece una clarificación en este sentido que llevaría a denominarse primer subcontratista al que tiene como comitente al contratista, el segundo el contratista de aquel y así sucesivamente¹⁴.

La Ley sí que aporta dos novedades importantes. Por un lado el trabajador autónomo¹⁵, que asume partes de obra o instalaciones, y lo puede efectuar de forma personal o individual, es decir por él mismo, o bien empleando trabajadores por cuenta ajena, y en este último caso tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los

¹¹ Así, conforme el párrafo segundo de dicho artículo, se relacionan los trabajos objeto de la ley y que serán los de: “Excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento.

¹² Así, conforme el Art. 3 b) tendrá la consideración de “Promotor: cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra”

¹³ Define, en el apartado e) del art. 3, al contratista o empresario principal como “la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato.” Pero aclarando, en el segundo párrafo de dicho artículo que “Cuando el promotor realice directamente con medios materiales y humanos propios la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrá también la consideración de contratista a los efectos de la presente Ley; asimismo, cuando la contrata se haga con una Unión Temporal de Empresas, que no ejecute directamente la obra, cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de la obra que ejecute.

¹⁴ Cuando, en el apartado f): “Subcontratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente.”

¹⁵ Al definirlo en el apartado g) como “la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplea en la obra trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la presente Ley”

efectos de la Ley, ocupando por lo tanto un nivel y evitando así el fraude que podría cometerse.

También es importante en este sentido que se definan tanto la subcontratación como el nivel, calificando al primera como *práctica mercantil de organización productiva* por la cual se encarga parte del trabajo por parte del contratista o subcontratista *a otro subcontratista o a un trabajador autónomo*¹⁶. Y el nivel será cada uno de los escalones en que se va desarrollando el trabajo¹⁷.

3.2-REQUISITOS DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS O SUBCONTRATISTAS:

El legislador establece, en el artículo 4 de la Ley, una serie de requisitos exigibles tanto a los contratistas, como a los subcontratistas, buscando evitar la existencia de falsas empresas, sin solvencia, sin medios que son además fuentes peligrosas de accidentes. En este sentido se establecen:

- a) Deben tratarse de empresas reales, con una organización productiva propia, lo que incluye los medios materiales y personales necesarios para poder realizar su actividad, asumiendo también lo que define el propio concepto de empresa, es decir, asumiendo los riesgos, responsabilidades y obligaciones que conlleva toda actividad empresarial. (Art. 4. 1 a) y b))
- b) Para evitar el fraude tanto respecto a empresas como a autónomos, se establece (Art. 4 1 c) que ambos deben ser los que organicen y dirijan sus trabajos y en el caso de los autónomos, que los sean realmente, aunque en ambos supuestos cabe el sometimiento a las órdenes generales de planificación y ejecución de la obra que le correspondería al contratista principal.
- c) Se establece (Art. 4.2 a)) la necesidad de que se disponga de personal con la formación necesaria en prevención de riesgos, y tanto para el personal directivo como para la mano de obra directa, y deberá tener uno de los modelos de organización de los previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
- d) Se crea un registro de Empresas acreditadas (Art. 6), que dependerá de la Autoridad de la Comunidad Autónoma, en donde se encuentre el domicilio social de la empresa, estableciendo un sistema de comunicación de todos los

¹⁶ Art. 3 h) Ley 32/2006 de 18 de octubre.

¹⁷ En el apartado i) del art. 3 al decir que será “*cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor*”.

registros y las formas de acceso, así como se establece que reglamentariamente se establecerá tanto la forma como los contenidos de dicho registro, y algo importante la inscripción tendrá validez para todo el territorio nacional. Se pretende con este registro dotar de un mayor rigor y transparencia para los contratantes a la hora de efectuar las contrataciones y subcontrataciones. Para ello las empresas acreditarán cumplir los requisitos que hemos venido reseñando en los puntos anteriores, mediante el sistema de efectuar una declaración documental, de que cumplen los requisitos (Art. 4.3), algo que se concretará también en cuanto a forma y contenido en el desarrollo reglamentario.

- e) La novedad más importante de la Ley, sin embargo, se encuentra en el tema del empleo en estas empresas¹⁸, ya que aquellas que se contraten “*habitualmente*” en trabajos de obras de construcción, se ven obligadas a tener una parte de la plantilla con trabajadores que tengan un contrato indefinido, porcentaje que se inicia con un diez por ciento desde la fecha de entrada en vigor de la Ley y durante los primeros dieciocho meses de su vigencia, continúa con un veinte por ciento en el periodo del mes decimonoveno al trigésimo sexto para llegar a ser del treinta por ciento a partir del mes trigésimo séptimo inclusive, aunque se advierte que la forma de efectuar el cómputo vendrá determinado de forma reglamentaria y no podemos saber si también se establecerá algún criterio para definir el concepto de *habitualidad*, aunque en este caso entendemos bastará con analizar el volumen de actividad económica de la empresa y ver qué parte es la dedicada a las obras de construcción.

3.3. -RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 5 de la Ley constituye, sin duda, el punto central de la reforma operada. La norma parte de un principio que se recalca, cual es que la subcontratación es un fenómeno existente en el sistema productivo de las empresas, y constituye una forma de organización productiva que como tal es legítimo, y que por lo tanto no puede ser limitado.

¹⁸ Tal y como se establece en el apartado 4 del Art. 4: “*Las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados de carácter indefinido que no será inferior al 10 por ciento durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20 por ciento durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30 por ciento a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive*”.

Sin embargo, la realidad de lo observado en numerosas obras en las que se detectan graves abusos, y su relación directa y constatada con la siniestralidad, llevan a que el legislador señale que no puede ser limitada, “*salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta ley*”. Es decir, se va a controlar el uso de la subcontratación en virtud de las razones a que antes hemos hecho referencia.

Así pues, se establece un régimen general que lo que hace es limitar hasta el tercer nivel la posibilidad de efectuar subcontrataciones, y ello se concreta desde el momento y punto inicial. El promotor será el que podrá contratar directamente con los contratistas que estime oportuno, siendo indiferente que se trate de personas físicas o jurídicas (Art. 5.2 a)).

El contratista principal, o el promotor si asumiera tales funciones, podrá dar a contratar la ejecución de los trabajos que hubiera contratado con el promotor, y lo podrá hacer tanto con empresas contratistas, como con trabajadores autónomos (Art. 5.2 b)), figura que aparece en la ley¹⁹, dada la relevancia e importancia que puede tener.

Y aquí surge la novedad (Art. 5.2 c)) pues sólo se va a permitir la subcontratación sucesiva a los que lo realicen estando en el primer o en el segundo nivel, de acuerdo con el concepto del artículo 3º a que antes hacíamos referencia, es decir, a los escalones en que se estructura el sistema de subcontratación para desarrollar el total o parte de la obra que asume el contratista en virtud del contrato que tiene con el promotor. Así, el tercer subcontratista no podría ya subcontratar aquellos trabajos que venga realizando en virtud de su contrato, ni con otras empresas subcontratistas ni con trabajadores autónomos. Se produce pues aquí el fin de la subcontratación, el límite real al exceso de empresas en las obras.

Esta regla general del tercer nivel tiene, sin embargo, dos limitaciones y unas posibilidades de excepción. En el primer caso, se trata de una prohibición general de subcontratar a aquellas empresas que sólo colaboran en la obra aportando mano de obra, es decir trabajadores cuyo único trabajo se realice con herramientas manuales, o motorizadas portátiles, y que los otros equipos de trabajo sean de otras empresas de la obra. Pensemos en una empresa de albañilería, que sólo aporta albañiles con sus herramientas manuales, o con sierras de disco propias, pero que obviamente usará los

¹⁹ Vid: MARTÍNEZ BARROSO, M. R :“ *La existencia del deber de vigilancia empresarial en las contrataciones a los trabajadores autónomos, tras la entrada en vigor de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*”. Aranzadi Social, núm. 18, año 2006 [BIB 2006\1992]

materiales de la hormigonera de la obra o los medios para subirlos a las plantas, por ejemplo, montacargas del contratista principal.

Parece claro que en este supuesto no puede haber ninguna razón para subcontratar, salvo para realizar abusos, como sería el crear unidades falsas de obra, como serían albañilería de interior o exterior, distinguiendo tipos de paredes, etc. y que lo que deberá hacerse será contratar la propia empresa más trabajadores si hay mayor cantidad de trabajo, no pudiendo recurrir a otra subcontratación.

Tampoco se permite (Art. 5,2 e)) la subcontratación y con carácter general, cuando se trate de trabajadores autónomos, que por lo tanto no podrá subcontratar los trabajos a ellos encomendados, ni con otros trabajadores autónomos ni con empresas subcontratistas.

El legislador, sin embargo, establece una posibilidad de extender el tercer nivel²⁰ a que antes hemos hecho referencia, pero es una posibilidad excepcional, y como tal restrictiva, y que sólo puede obedecer a cuatro causas:

- a) casos fortuitos
- b) exigencias de especialización
- c) complicaciones técnicas
- d) fuerza mayor

Si descendemos al detalle, es obvio que en un derribo puede surgir la aparición de materiales, o riesgos imprevistos, en una excavación pueden aparecer dificultades añadidas en los trabajos por las características del terreno, o unas fuertes lluvias pueden exigir que tengamos que contratar empresas con medios especializados para el rápido secado y extracción de agua, es decir, en todos estos casos habría una justificación obvia para la aparición de un nivel adicional.

Ahora bien, para ello se requiere que la dirección facultativa de la obra lo justifique y lo apruebe, señalando la causa o causas que den lugar a dicha situación excepcional, lo anotará en el Libro de Subcontratación, y además de que dicho Libro

²⁰ Al establecer en el primer párrafo del apartado 3 del art. 5: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando en casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra, fuera necesario, a juicio de la dirección facultativa, la contratación de alguna parte de la obra con terceros, excepcionalmente se podrá extender la subcontratación establecida en el apartado anterior en un nivel adicional, siempre que se haga constar por la dirección facultativa su aprobación previa y al causa o causas motivadoras de la misma en el Libro de Subcontratación al que se refiere el artículo 7 de esta Ley”. Y añadiendo en el segundo párrafo la excepción ante la concurrencia de fuerza mayor al decir que “No se aplicará la ampliación excepcional de la subcontratación prevista en el párrafo anterior en los supuestos contemplados en las letras e) y f) del apartado anterior, salvo que la circunstancia motivadora se la de fuerza mayor”

esté a disposición de todos los implicados en la obra a los que luego haremos referencia, se señala expresamente que se pondrá en conocimiento tanto del coordinador de seguridad y salud, como de todos los representantes de los trabajadores de las empresas que se encuentren en el ámbito de aplicación de sus trabajos, porque pueden verse afectadas, y además en el plazo de los cinco días hábiles siguientes, lo pondrá en conocimiento de la Autoridad Laboral, en tal caso además de la anotación en el Libro se habla de un informe expreso de la dirección facultativa señalando las causas de su necesidad, algo que puede aparecer como reiterativo a lo ya contenido en el Libro o que puede ser ampliatorio de aquel, y en todo caso lo lógico es que tal informe lo tramita la Autoridad Laboral tanto a sus propios servicios técnicos, como en especial a la Inspección de Trabajo.

Nos encontramos pues ante unos supuestos excepcionales, que el legislador ha procurado rodear de todas las garantías necesarias para que sean realmente excepcionales, obedezcan a unas razones tasadas y justificadas y controlables par evitar que sean un mal uso de la ley.

Este nivel adicional, sin embargo, no podrá realizarse nunca ni por trabajadores autónomos, ni tampoco por aquellas empresas a que antes hacíamos referencia como de fundamentalmente aportación de mano de obra.

3.4. -REGISTRO DE EMPRESAS ACREDITADAS:

Como una garantía adicional, y en línea con lo sucedido en otras legislaciones, se va a crear el Registro de Empresas (art. 6). Este Registro tendrá carácter autonómico, y por lo tanto, la inscripción deberá hacerse por cada empresa en la Comunidad en la que aquella tenga el domicilio social, aunque la inscripción lógicamente tendrá luego carácter nacional, y aquí se señala que será un registro de datos de acceso público, obviamente como dice el legislador salvaguardando el respeto a los datos que afectan al derecho a la intimidad.

Habrá, sin embargo que esperar al desarrollo reglamentario que deberá determinar capítulos y temas tan importantes, como cuál será el contenido de los datos a aportar al Registro, la forma de la inscripción, y los efectos, pero sobre todo la necesidad de un sistema que permita la coordinación de todos los registros.

3.5.- EL LIBRO DE SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 8 de la Ley plantea el Libro de Subcontratación, en la línea del Libro Registro que también establece en la reforma que se opera en el art. 42 E.T²¹..

Este libro es el principal documento que permitirá durante la realización de una obra, el poder conocer y controlar el cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la misma, y así se indica, en primer lugar, que deberá permanecer en todo momento en la obra, y que reflejará, siempre en orden cronológico, todas las subcontrataciones realizadas, detallando todas las operaciones que deben incluirse en las anotaciones,, con identificaciones tanto de las empresas, como de las personas responsables, así como que deberá señalarse el nivel que corresponde a cada subcontratación, y las acreditaciones de las obligaciones en materia de prevención de riesgos.

Este es un Libro al que tendrán acceso desde el coordinador, las empresas implicadas, y por supuesto la Autoridad Laboral, los técnicos de prevención, los delegados de prevención y los representantes de los trabajadores en todas las empresas que intervengan en la obra. Este libro se determina que reglamentariamente se establecerán sus condiciones, y sus contenidos.

Asimismo, se produce una importante novedad, dado que el texto de la Ley contempla la previsión de que se va a revisar toda la documentación existente ahora en la empresa, buscando con ello el conseguir una unificación y simplificación de dicha documentación.

En este sentido, es importante el art.10 que plantea la documentación que acredite la formación preventiva de los trabajadores, aunque es un artículo que puede quedar muy inconcreto, ya que en primer lugar vuelve a recordar la obligación general de las empresas de velar porque los trabajadores tengan la formación necesaria y adecuada en el tema de prevención, así como se remite a la posibilidad de que la negociación colectiva “*pueda*” establecer aquellos programas de formación que puedan ser individualizados por puestos de trabajo, pero quizás hubiera sido de desear el “*deba*” en lugar del “*pueda*” haciendo tal cláusula contenido obligatorio del convenio en un sector tan peligroso como este.

²¹ Vid: SEMPERE NAVARRO, A. V.: “*Los fenómenos interempresariales y el nuevo Libro registro tras el Real Decreto Ley 5/2006: un esquema*”. Aranzadi Social, números 7-8 año 2006 [BIB 2006/926]

También se plantea el tema del documento acreditativo de la formación preventiva específica que haya recibido cada trabajador, abriendo una doble posibilidad, que esta regulación la efectúe la propia negociación colectiva del sector, o bien se haga reglamentariamente.

Este documento, sin embargo, ofrece fuertes dosis de voluntarismo a la hora de definirlo, porque su diseño, ejecución y expedición puede, es decir es una posibilidad, realizarse a través de los órganos paritarios de los convenios sectoriales estatales, en colaboración con la Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Si unimos esta redacción posibilista con el párrafo anterior, que habla de una doble vía, podríamos habernos encontrado con el retraso en la regulación de un tema que pensamos es necesario sea tratado de forma más urgente, aunque parece, según algunas fuentes²², puede estar cercana su aprobación en el seno de la Fundación Laboral de la Construcción. Se tratará de un documento con validez para cinco años y que al renovarse se debería volver a acreditar la formación.

Por último, en el texto legal habían surgido dudas respecto a la titularidad de los bienes utilizados por las empresas, y en concreto sobre el título que debían tener las empresas sobre tales bienes, dado que en el artículo cuatro y al hablar de los requisitos exigibles a las empresas, tanto contratistas como subcontratistas, se refiere a que deben tener una organización productiva propia, que justifique y establece de forma clara su realidad como tal empresa evitando existan empresas creadas artificialmente por otras para diluir responsabilidades, y que carezcan de cualquier elemento de aquellos que la jurisprudencia ha considerado deben existir para que exista tal realidad empresarial.

Es claro que el artículo octavo habla de posesión de la maquinaria, que lo puede ser por ejemplo por alquiler, pensemos en los grandes equipos de trabajo, de muy alto coste o muy especializados, por lo tanto no debe entenderse exista contradicción entre ambos planteamientos. Por un lado deben disponer de una auténtica empresa, pero a su vez esta puede utilizar equipos que obviamente puede recabar de otras empresas.

3.6. -INFRACCIONES Y SANCIONES:

La Ley contiene una amplia reforma de la normativa en materia de infracciones y sanciones en el orden social²³ (LISOS). Así en primer lugar en las

²² Gaceta Prevención (Lex Nova) Año III, núm. 55, de 19 de marzo de 2007.

²³ Nos referimos al RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

infracciones en materia laboral, en concreto, y como infracción muy grave, se define en el artículo 8²⁴ el incumplimiento de la obligación de fijeza en la plantilla establecida en esta Ley, y que se concretará en un posterior desarrollo reglamentario.

Pero es en materia de prevención de riesgos en donde se producen las mayores novedades. Así en el art. 11 LISOS, se establecen dos nuevas infracciones de carácter leve, cuales son el “*no disponer en la obra de construcción del Libro de Subcontratación*” (art. 11.6 LISOS), y “*no disponer el contratista o subcontratista de la documentación o título*” que le permita acreditar estar en posesión de la maquinaria que utiliza (art. 11.7 LISOS).

Son pues obligaciones de carácter formal o documental que se consideran leves, aunque maticemos que en el primer supuesto será el no disponer del Libro en la obra, en el momento de la visita, pero luego será grave el no llevarlo en orden al día, con lo cual presupone que será también el no tenerlo en absoluto, porque en caso contrario sería una contradicción.

Como infracciones graves, en materia de prevención de riesgos, se detallan tres nuevos apartados en el art.12 LISOS, en concreto el punto 27 se refiere a las obligaciones del *subcontratista*, en concreto sancionan, en el apartado a), los incumplimientos *del deber de acreditar* que se dispone de los recursos humanos, que se tiene un sistema de organización de la prevención adecuado y que se encuentra inscrita en el Registro de Empresas. Por otro lado se sanciona, en el apartado b), el incumplimiento *de la obligación de comunicar los datos* necesarios para que pueda ser cumplimentado correctamente el Libro de Subcontratación, y por último, en el apartado c), superar los niveles permitidos de subcontratación o permitirla en los ámbitos excluidos de ejecución de subcontrataciones.

El punto 28, del artículo 12, se refiere a las obligaciones del *contratista*, repitiendo las que contemplan *supuestos no previstos*, o de *acreditar los medios* de que disponen, y, como hemos significado antes, el *no llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación* y como infracción particular y concreta del contratista *la vulneración de los derechos de información sobre las contratas y subcontratas* que se realicen, y que debe facilitar a los representantes de los trabajadores.

²⁴ Así se introduce en la Disposición adicional primera de la Ley, con el siguiente texto: “16. El incumplimiento de la normativa sobre limitación de la proporción mínima de trabajadores contratados con carácter indefinido contenida en la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y en su reglamento de aplicación”

Por último, el punto 29 contiene una sanción específica del *promotor*, ya que lo será el certificar, *sin que concurran las causas*, por parte de la dirección facultativa que se da un supuesto de *ampliación* de niveles de subcontratación.

La reforma del art. 13 LISOS contiene las mismas infracciones referidas en el ámbito del *subcontratista*, *al deber de acreditación* de los recursos (apartado 15 a), a utilización indebida de la *subcontratación* en supuestos *no permitidos* (apartado 15 b), incluyendo el supuesto de que se faciliten *datos falsos al contratista o al subcontratista* (apartado 15 c) para el que trabaje, incumpliendo los requisitos legales. En los dos primeros casos, será muy grave cuando se trate de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y la salud de los trabajadores en el sector de la construcción, contenidos en el anexo II del RD 1627/1997.

En relación con los *contratistas* (apartado 16), también se considerarán muy graves en el caso de dichos trabajos con *riesgos especiales* (apartado 16 a)), los incumplimientos en relación con *el deber de acreditar* (apartado 16 b)) de sus medios o realizar supuestos prohibidos superando los niveles permitidos (apartado 16 c)).

Y por último, en el apartado 17, y para el caso de *trabajos con riesgos especiales*, y tratándose de *promotores*, se considerará muy grave la actuación de la dirección facultativa ampliando un nivel sin causa.

3.7.- OTRAS CUESTIONES:

La Ley contiene una serie de normas en sus Disposiciones adicionales segunda y tercera, referidas, en el primer supuesto a aquellas otras incluidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la Disposición adicional tercera²⁵ permite que la negociación colectiva del sector, a nivel estatal, realice (“*podrá*”) un adaptación de la actual regulación normativa del contrato de obra o servicio determinado para poder conseguir una mejora en la situación del empleo. Hemos de precisar que esta Disposición adicional tercera, la consideramos necesaria dada la reforma normativa introducida en el párrafo 5 de art. 15 ET a través de la Ley 43/2006 sobre encadenamiento de los contratos temporales, entre ellos los de obra o servicio determinado, que son los típicos

²⁵ Así establece que “*Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio de terminado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación.*”

del sector de la construcción, y que los limita a veinticuatro meses de duración en un periodo de treinta meses y en su párrafo segundo encomienda, a la negociación colectiva, establecer los requisitos necesarios para evitar una utilización excesiva. Lógicamente con la actual regulación contenida en el convenio estatal del sector²⁶ que prevé la duración del contrato de obra o servicio por un periodo de treinta y seis meses, si no existe esa adaptación, difícilmente podemos esperar el cumplimiento del precepto legal.

Por último, y tras cifrar la entrada en vigor en seis meses, es decir, hasta el 19 de abril de 2007, se establece una ficha en el anexo provisional hasta en tanto aparezca desarrollado reglamentariamente el libro de subcontratación.

²⁶ Resolución de 26 de julio de 2002, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio Colectivo General del sector de la Construcción 2002-2006, que en su artículo 28 para el contrato “*fijo de obra*” cuyo objeto es el contenido en el art. 15 1 a) ET, prevé que podrá trabajar en distintos centros de trabajo sucesivos durante un máximo de tres años, previendo que incluso puedan prolongarse más allá sin perder el carácter temporal, al contraponerlo, en el art. 28, al contrato “*fijo de plantilla*”.

“LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.”

Por María Angeles Burgos Giner. Profesora Titular EU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universitat Jaume I Castellón., y Vicente Sampedro Guillamón. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

1.-INTRODUCCIÓN:

La evolución de las relaciones laborales, y de la legislación que las regula, viene ajustándose a los cambios que en los sistemas económicos y productivos se vienen produciendo. Así tras la llamada crisis del petróleo, surgió el llamado, a su vez, derecho del Trabajo de la crisis y algunos de los principios que parecía inmutables van sufriendo fuertes golpes que llegan a desnaturalizarlos, por ejemplo al existir un “contrato temporal de fomento del empleo¹”, no causal. Aunque también es lo cierto que los gobiernos y las legislaciones han comprobado que se habían producido muchos abusos y han querido volver atrás, como lo sucedido en nuestro país en la reciente reforma laboral².

Sin embargo, hay algunos cambios que no van a desaparecer, y entre ellos se citarían a los fenómenos de la descentralización productiva o a la externalización de funciones, a través de las figuras de las contratatas y subcontratatas como medios para auxiliarse las empresas y así poder dar cumplimiento a los compromisos adquiridos. Ya que, como ha señalado la doctrina, al referirse a la descentralización productiva, debe de “contemplarse como una técnica de gestión”, sin olvidar que cuenta con un instrumento, que es la flexibilidad, ya que “la cuestión de fondo es la relativa a su utilización para

¹ Sería el caso, por ejemplo del RD 1989/1984, de 17 de octubre y todas las intervenciones normativas flexibilizando la contratación temporal. Ya que si recordamos, en la redacción dada art. 17.3 del E.T./1980 se contemplaba la habilitación dada al Gobierno para la adopción de medidas que facilitarían la colocación de trabajadores demandantes de empleo, y bajo esta cobertura legal aparece una modalidad contractual de carácter coyuntural: la contratación temporal de fomento del empleo, que fue muy utilizada hasta la reforma del ET en 1995, y que en la actualidad queda solamente vigente para los trabajadores con discapacidad de acuerdo con la Disposición Adicional primera de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo. Sobre la temporalidad como medida de fomento del empleo: vid. SEGURA, J, DURÁN, F, TOHARIA, L y BENTOLILA, S: “Análisis de la contratación temporal en España”, Madrid, 1991, MTSS, en especial pág .25. ELORDI DENTICI, A, DEL REY GUANTER, S, SERRANO MARTÍNEZ, J Y GALA DURÁN, C: “Trabajo, temporalidad y Empresas de Trabajo temporal en España”, Madrid 2001, Agett, en especial págs. 129 y sgs; sobre la evolución del empleo temporal entre 1976 y 2001.

² Nos referimos a la operada a través del RD Ley 5/2006 de 9 de junio y que se convirtió en la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo.

reducir costes y hacer posible un uso flexible de la mano de obra mediante la diversificación de las fuentes de aportación del volumen de mano de obra que la empresa precisa para su funcionamiento”³. En el primer caso, los trabajos son dados a las empresas fuera de la principal, por ejemplo los talleres en el sector de la confección, o incluso a países llamados del tercer mundo, y en el supuesto de la externalización de funciones, la empresa va desgajando las labores no directamente relacionadas con su trabajo central, y las va dejando en mano de terceras empresas que realizan sus trabajos en su propio centro de trabajo.

Puede parecer extraño, pero ahora se pretende que una empresa que fabrique azulejos, se dedique solamente a eso, pero es obvio que ahora el personal dedicado a limpieza, a mantenimiento, a seguridad no es de la propia empresa sino que es contratado a empresas terceras que prestarán allí sus servicios.

Incluso en un paso más, los propios trabajos centrales del proceso productivo, pueden ser cubiertos en caso de necesidades extraordinarias, por ejemplo aumentos de pedidos o bajas de varios trabajadores por enfermedad, bien por contratos de duración determinada contratados por la propia empresa o bien recurriendo a una empresa de trabajo temporal, en un fenómeno que hemos denominado siempre cesión de trabajadores, antes ilícito administrativo, incluso penal, pero que ahora sólo lo será en el caso de efectuarse fuera de una empresa de trabajo temporal, o de la regulación normativa de estas.

Si esta situación es general en la mayor parte de empresas, sea cual sea su tamaño y su sector, el tema se vuelve más preocupante cuando hablamos de las obras de construcción. En ellas confluyen siempre varias empresas que se corresponden con las distintas unidades de una obra, y a su vez estas contratistas vuelven a subcontratar parte de sus trabajos a unos subcontratistas o a trabajadores autónomos.

En principio, cualquier presencia de varias empresas en un mismo lugar de trabajo siempre entraña un riesgo añadido, podríamos decir que los riesgos de cada trabajo se van acumulando, y más aún si consideramos el sector de la construcción, en que ya no se acumulan sino que se multiplican y son una de las causas que producen la alta siniestralidad del sector.

³ Tal y como lo ha expresado RIVERO LAMAS, J : “*La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*” en AA.VV.: “*Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*” X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid 2000, MTSS, pag. 81.

Por ello, el legislador ha venido introduciendo reformas en el tema de las contratas y subcontratas, en general y en cualquier empresa, y en mayor detalle y con una dirección centrada en la prevención de riesgos laborales, en el sector de la construcción. A estas dos reformas normativas vamos a referirnos.

2.- REFORMAS EN LA NORMATIVA GENERAL:

El pasado mes de junio de 2006, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado, en concreto el del día 14, el Real Decreto- Ley 5/2006 de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo. Estamos ante una norma que, sin duda, constituye un punto importante de inflexión en la normativa laboral, ya que afronta el tema del empleo desde la órbita ya no de la mera cantidad, sino buscando una mejor calidad, buscando solucionar algunos problemas que se vienen detectando, entre ellos, el más importante el del encadenamiento de contratos.

El Real Decreto- Ley nace del acuerdo entre la CEOE, CEPYME, UGT y CC. OO. , dentro de los diversos ámbitos que se han ido promocionando para el Diálogo Social. Pues bien, esta norma ha sido ya transformada por nuestras Cortes Generales en Ley 43/2006 de 29 de diciembre, y en ella se contempla también como tema de interés el del fenómeno de la subcontratación, buscando como señala la propia Exposición de Motivos *“asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva sea compatible con la protección de los trabajadores especialmente cuando se trate de empresas principal, contratista y subcontratista que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo”*⁴, añadiendo además el interés por deslindar estos supuestos que pueden producir en algunos casos supuestos de cesión ilegal, para lo cual incluso se produce lo que se señala como definición de cesión ilegal de trabajadores, más bien una descripción, de supuestos, eso sí recordando que la cesión legal de trabajadores sólo puede realizarse por las empresas de trabajo temporal.

En el tema de contratas y subcontratas, pues, en la línea de lo ya actuado en anteriores reformas, el art.42 ET viene a incluir las siguientes novedades:

1.- En el apartado 4 del art. 42 ET, aparece un nuevo concepto⁵, cual es el de empresa que comparta de forma continuada un mismo centro de trabajo, un caso que

⁴ Párrafo séptimo, apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre.

⁵ Al establecer en el párrafo segundo que: *“Cuando la empresa principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá de disponer de un libro*

fácilmente se encuentra con temas como limpieza, seguridad, entre otros. En este supuesto se establece un libro de registro que reflejará toda la información a que se refiere el mismo artículo, en el mismo apartado, respecto a todas las empresas afectadas. Esta información deberá contener el nombre o razón social, domicilio y NIF de la empresa contratista o subcontratista, el objeto, lugar y duración de la contrata, el número de trabajadores ocupados y las medidas preventivas de coordinación de actividades a efectos de la prevención de riesgos. Coincidiendo esta información con la que debe informar a los representantes de los trabajadores, e insistiendo con que, estará dicho libro a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

2.- Se añade un nuevo apartado 6,⁶ que establece que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas podrán plantear cuestiones a los representantes de los trabajadores de la empresa principal, entendemos que se trata de la representación unitaria, es decir delegados de personal o comités de empresa, por referirlo a la representación legal cuando carece de ella.

Se exige para ello la concurrencia de dos requisitos, uno que carezcan de representación legal propia, y además que se trate de temas relacionados a las condiciones de ejecución del trabajo por ejemplo problemas de vestuarios, y no relativos sólo a su empresa, por ejemplo, retrasos en el pago de los salarios.

3.- Pero para el supuesto en que sí cuenten representación legal, se adiciona en el art. 42 ET un nuevo apartado 7, que permite que los representantes legales, si los hubiere, de las empresas contratistas y subcontratistas, y para el supuesto que compartieran centro de trabajo de forma continuada, puedan reunirse para coordinarse entre ellos, y todo ello en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley. Referencia esta última que sólo plantea en el texto legal, es decir en el art. 81 del ET⁷, el uso de locales y

de registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes de los trabajadores”.

⁶ “6. Los trabajadores de las empresas contratista y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación.

Lo dispuestos en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende”.

⁷ Que tras la reforma efectuada, se adicionaba a su anterior redacción: “La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden en la empresa”. Sin que olvidemos que mantiene la misma redacción respecto del derecho al local para desarrollar sus actividades condicionado a que “sus características lo permitan” como también el que: “Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo”.

tablón de anuncios, recordando que en este supuesto de contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo, se permite que podrán hacer uso de dichos locales, remitiéndose a lo que se acuerde con la empresa.

El texto no resuelve las dudas sobre esas reuniones entre los representantes legales, no parece que estemos hablando de ningún órgano creado para este supuesto, por lo que nos encontramos con un tema que será desarrollado en el seno de la propia empresa principal, y quizás habría que entender que igual que lo referido a locales, debería de haber, un acuerdo colectivo con la empresa, cuyo contenido contemplara temas como el aviso previo de la reuniones, el momento de efectuarlas ya bien dentro o fuera de la jornada, sin o con crédito horario específico pero dentro del uso legal del que ya tienen, es decir, temas todos que dependerán de la facultad de autoorganización de los representantes de los trabajadores. Que entendemos estarán en la línea de poder continuar efectuando sus funciones de representación, a través de las reuniones en los locales cedidos por la empresa principal, en donde indirectamente sobre éste empresario principal recae la obligación de “facilitar” los locales que serán los medios que permitirán la celebración de esas reuniones entre ambas representaciones o por separado.⁸ Y en todo caso, será la negociación colectiva la encargada de determinar tanto la capacidad como el ámbito de actuación de la representación, al establecerlo así el art.42.7 ET, ante la falta de claridad del precepto.

3.- LA LEY 32/2006, REGULADORA DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN:

Durante mucho tiempo, se ha venido detectando que en el fenómeno de la alta siniestralidad de la construcción influyen diversos factores, como la temporalidad y variabilidad de cualquier obra, los contratos en precario de muchos trabajadores, etc..., pero sin duda uno de los factores que se ha venido resaltando por su carácter principal en esa siniestralidad, es el del fenómeno de la proliferación de empresas en un centro de trabajo, que es una obra. Ello conlleva a que en muchas ocasiones, ese factor de presencias conjuntas produzca una auténtica multiplicación de los riesgos.

⁸ Vid: MONEREO PÉREZ, J. L.: “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, Aranzadi Social, número 19, año 2006, [BIB 2006\2067] que considera que del precepto se desprende un “llamamiento de Acuerdo colectivo de empresa que determine las condiciones de utilización compartida o uso conjunto de los locales para celebrar reuniones internas entre las distintas representaciones legales de las empresas implicadas en el proceso de subcontratación”.

Ante este tema, y sin olvidar que el fenómeno de la subcontratación obedece a características propias del sector, “*tradición*” le llama la Exposición de Motivos, y a las necesidades de los procesos de externalización productiva o de la especialización, tampoco se puede obviar la necesidad de controlar el proceso que puede llevar a abusos, ya que pueden proliferar empresas sin organización productiva, y a la larga, como dice también la propia Exposición de Motivos “*los indicados excesos de subcontratación pueden facilitar la aparición de prácticas incompatibles con la seguridad y salud en el trabajo*”.⁹

La Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción¹⁰, pretende resolver los graves problemas que, insistimos, vienen planteando el fenómeno de la subcontratación, recortando su uso, como luego veremos, hasta el tercer nivel, y además estableciendo una serie de cautelas:

- a) Exige determinadas condiciones, limitadas y muy rígidas, para que puedan efectuarse subcontrataciones a partir de ese tercer nivel.
- b) Las empresas que quieran trabajar como contratista o subcontratista vienen precisadas a ofrecer unas garantías en cuanto calidad, solvencia, y también en cuanto a que deberán acreditar la formación en prevención de sus trabajadores.
- c) Se establece la obligatoriedad de que dichas empresas tengan en su seno un empleo estable, estableciéndose un porcentaje de la plantilla con trabajadores indefinidos, que comienza en el diez por ciento de la plantilla para llegar a un treinta por ciento.
- d) Se establecen sistemas de control documental de los trabajos, permitiendo así una mayor transparencia en las obras de construcción, a través del Libro de Subcontratación, al que se tiene amplio acceso, como luego veremos.

3.1.- OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY:

La Ley tiene un claro objetivo, cual es el regular la subcontratación en el sector de la construcción, estableciendo en su art.2 cuáles son los trabajos de construcción que

⁹ Último punto del Párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Contratación. Y, como mantiene la doctrina, esta Ley “*trata de hacer frente al gravísimo problema de la siniestralidad laboral en el sector de la construcción*”, vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: “*La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo*”. Aranzadi Social núm. 19, año 2006 [BIB 2006\2067]

¹⁰ BOE de 19 de octubre.

se constituyen en objeto de Ley¹¹, estableciendo una descripción de los trabajos que se efectúan desde que se inicia una obra hasta su terminación, y los que se puedan efectuar en toda obra de construcción, ya sea pública o privada, de construcción o de ingeniería civil.

El artículo 3 contempla un amplio capítulo de definiciones, que no plantean novedades, aunque sí aclara, de acuerdo con la Jurisprudencia, el concepto de promotor¹², y el de contratista o empresario principal¹³, pudiendo coincidir o no ambas figuras.

Se define el concepto de subcontratista, como aquel que asume el compromiso de realizar parte o unidades de obra, bien con contrato con el contratista principal o con otro subcontratista, y que se sujetará al proyecto por el que se rige la ejecución de la obra. También aparece una clarificación en este sentido que llevaría a denominarse primer subcontratista al que tiene como comitente al contratista, el segundo el contratista de aquel y así sucesivamente¹⁴.

La Ley sí que aporta dos novedades importantes. Por un lado el trabajador autónomo¹⁵, que asume partes de obra o instalaciones, y lo puede efectuar de forma personal o individual, es decir por él mismo, o bien empleando trabajadores por cuenta ajena, y en este último caso tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los

¹¹ Así, conforme el párrafo segundo de dicho artículo, se relacionan los trabajos objeto de la ley y que serán los de: “Excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento.

¹² Así, conforme el Art. 3 b) tendrá la consideración de “Promotor: cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra”

¹³ Define, en el apartado e) del art. 3, al contratista o empresario principal como “la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato.” Pero aclarando, en el segundo párrafo de dicho artículo que “Cuando el promotor realice directamente con medios materiales y humanos propios la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrá también la consideración de contratista a los efectos de la presente Ley; asimismo, cuando la contrata se haga con una Unión Temporal de Empresas, que no ejecute directamente la obra, cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de la obra que ejecute.

¹⁴ Cuando, en el apartado f): “Subcontratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente.”

¹⁵ Al definirlo en el apartado g) como “la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplea en la obra trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la presente Ley”

efectos de la Ley, ocupando por lo tanto un nivel y evitando así el fraude que podría cometerse.

También es importante en este sentido que se definan tanto la subcontratación como el nivel, calificando al primera como *práctica mercantil de organización productiva* por la cual se encarga parte del trabajo por parte del contratista o subcontratista *a otro subcontratista o a un trabajador autónomo*¹⁶. Y el nivel será cada uno de los escalones en que se va desarrollando el trabajo¹⁷.

3.2-REQUISITOS DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS O SUBCONTRATISTAS:

El legislador establece, en el artículo 4 de la Ley, una serie de requisitos exigibles tanto a los contratistas, como a los subcontratistas, buscando evitar la existencia de falsas empresas, sin solvencia, sin medios que son además fuentes peligrosas de accidentes. En este sentido se establecen:

- a) Deben tratarse de empresas reales, con una organización productiva propia, lo que incluye los medios materiales y personales necesarios para poder realizar su actividad, asumiendo también lo que define el propio concepto de empresa, es decir, asumiendo los riesgos, responsabilidades y obligaciones que conlleva toda actividad empresarial. (Art. 4. 1 a) y b))
- b) Para evitar el fraude tanto respecto a empresas como a autónomos, se establece (Art. 4 1 c) que ambos deben ser los que organicen y dirijan sus trabajos y en el caso de los autónomos, que los sean realmente, aunque en ambos supuestos cabe el sometimiento a las órdenes generales de planificación y ejecución de la obra que le correspondería al contratista principal.
- c) Se establece (Art. 4.2 a)) la necesidad de que se disponga de personal con la formación necesaria en prevención de riesgos, y tanto para el personal directivo como para la mano de obra directa, y deberá tener uno de los modelos de organización de los previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
- d) Se crea un registro de Empresas acreditadas (Art. 6), que dependerá de la Autoridad de la Comunidad Autónoma, en donde se encuentre el domicilio social de la empresa, estableciendo un sistema de comunicación de todos los

¹⁶ Art. 3 h) Ley 32/2006 de 18 de octubre.

¹⁷ En el apartado i) del art. 3 al decir que será “*cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor*”.

registros y las formas de acceso, así como se establece que reglamentariamente se establecerá tanto la forma como los contenidos de dicho registro, y algo importante la inscripción tendrá validez para todo el territorio nacional. Se pretende con este registro dotar de un mayor rigor y transparencia para los contratantes a la hora de efectuar las contrataciones y subcontrataciones. Para ello las empresas acreditarán cumplir los requisitos que hemos venido reseñando en los puntos anteriores, mediante el sistema de efectuar una declaración documental, de que cumplen los requisitos (Art. 4.3), algo que se concretará también en cuanto a forma y contenido en el desarrollo reglamentario.

- e) La novedad más importante de la Ley, sin embargo, se encuentra en el tema del empleo en estas empresas¹⁸, ya que aquellas que se contraten “*habitualmente*” en trabajos de obras de construcción, se ven obligadas a tener una parte de la plantilla con trabajadores que tengan un contrato indefinido, porcentaje que se inicia con un diez por ciento desde la fecha de entrada en vigor de la Ley y durante los primeros dieciocho meses de su vigencia, continúa con un veinte por ciento en el periodo del mes decimonoveno al trigésimo sexto para llegar a ser del treinta por ciento a partir del mes trigésimo séptimo inclusive, aunque se advierte que la forma de efectuar el cómputo vendrá determinado de forma reglamentaria y no podemos saber si también se establecerá algún criterio para definir el concepto de *habitualidad*, aunque en este caso entendemos bastará con analizar el volumen de actividad económica de la empresa y ver qué parte es la dedicada a las obras de construcción.

3.3. -RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 5 de la Ley constituye, sin duda, el punto central de la reforma operada. La norma parte de un principio que se recalca, cual es que la subcontratación es un fenómeno existente en el sistema productivo de las empresas, y constituye una forma de organización productiva que como tal es legítimo, y que por lo tanto no puede ser limitado.

¹⁸ Tal y como se establece en el apartado 4 del Art. 4: “*Las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados de carácter indefinido que no será inferior al 10 por ciento durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20 por ciento durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30 por ciento a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive*”.

Sin embargo, la realidad de lo observado en numerosas obras en las que se detectan graves abusos, y su relación directa y constatada con la siniestralidad, llevan a que el legislador señale que no puede ser limitada, “*salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta ley*”. Es decir, se va a controlar el uso de la subcontratación en virtud de las razones a que antes hemos hecho referencia.

Así pues, se establece un régimen general que lo que hace es limitar hasta el tercer nivel la posibilidad de efectuar subcontrataciones, y ello se concreta desde el momento y punto inicial. El promotor será el que podrá contratar directamente con los contratistas que estime oportuno, siendo indiferente que se trate de personas físicas o jurídicas (Art. 5.2 a)).

El contratista principal, o el promotor si asumiera tales funciones, podrá dar a contratar la ejecución de los trabajos que hubiera contratado con el promotor, y lo podrá hacer tanto con empresas contratistas, como con trabajadores autónomos (Art. 5.2 b)), figura que aparece en la ley¹⁹, dada la relevancia e importancia que puede tener.

Y aquí surge la novedad (Art. 5.2 c)) pues sólo se va a permitir la subcontratación sucesiva a los que lo realicen estando en el primer o en el segundo nivel, de acuerdo con el concepto del artículo 3º a que antes hacíamos referencia, es decir, a los escalones en que se estructura el sistema de subcontratación para desarrollar el total o parte de la obra que asume el contratista en virtud del contrato que tiene con el promotor. Así, el tercer subcontratista no podría ya subcontratar aquellos trabajos que venga realizando en virtud de su contrato, ni con otras empresas subcontratistas ni con trabajadores autónomos. Se produce pues aquí el fin de la subcontratación, el límite real al exceso de empresas en las obras.

Esta regla general del tercer nivel tiene, sin embargo, dos limitaciones y unas posibilidades de excepción. En el primer caso, se trata de una prohibición general de subcontratar a aquellas empresas que sólo colaboran en la obra aportando mano de obra, es decir trabajadores cuyo único trabajo se realice con herramientas manuales, o motorizadas portátiles, y que los otros equipos de trabajo sean de otras empresas de la obra. Pensemos en una empresa de albañilería, que sólo aporta albañiles con sus herramientas manuales, o con sierras de disco propias, pero que obviamente usará los

¹⁹ Vid: MARTÍNEZ BARROSO, M. R :“ *La existencia del deber de vigilancia empresarial en las contrataciones a los trabajadores autónomos, tras la entrada en vigor de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*”. Aranzadi Social, núm. 18, año 2006 [BIB 2006\1992]

materiales de la hormigonera de la obra o los medios para subirlos a las plantas, por ejemplo, montacargas del contratista principal.

Parece claro que en este supuesto no puede haber ninguna razón para subcontratar, salvo para realizar abusos, como sería el crear unidades falsas de obra, como serían albañilería de interior o exterior, distinguiendo tipos de paredes, etc. y que lo que deberá hacerse será contratar la propia empresa más trabajadores si hay mayor cantidad de trabajo, no pudiendo recurrir a otra subcontratación.

Tampoco se permite (Art. 5,2 e)) la subcontratación y con carácter general, cuando se trate de trabajadores autónomos, que por lo tanto no podrá subcontratar los trabajos a ellos encomendados, ni con otros trabajadores autónomos ni con empresas subcontratistas.

El legislador, sin embargo, establece una posibilidad de extender el tercer nivel²⁰ a que antes hemos hecho referencia, pero es una posibilidad excepcional, y como tal restrictiva, y que sólo puede obedecer a cuatro causas:

- a) casos fortuitos
- b) exigencias de especialización
- c) complicaciones técnicas
- d) fuerza mayor

Si descendemos al detalle, es obvio que en un derribo puede surgir la aparición de materiales, o riesgos imprevistos, en una excavación pueden aparecer dificultades añadidas en los trabajos por las características del terreno, o unas fuertes lluvias pueden exigir que tengamos que contratar empresas con medios especializados para el rápido secado y extracción de agua, es decir, en todos estos casos habría una justificación obvia para la aparición de un nivel adicional.

Ahora bien, para ello se requiere que la dirección facultativa de la obra lo justifique y lo apruebe, señalando la causa o causas que den lugar a dicha situación excepcional, lo anotará en el Libro de Subcontratación, y además de que dicho Libro

²⁰ Al establecer en el primer párrafo del apartado 3 del art. 5: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando en casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra, fuera necesario, a juicio de la dirección facultativa, la contratación de alguna parte de la obra con terceros, excepcionalmente se podrá extender la subcontratación establecida en el apartado anterior en un nivel adicional, siempre que se haga constar por la dirección facultativa su aprobación previa y al causa o causas motivadoras de la misma en el Libro de Subcontratación al que se refiere el artículo 7 de esta Ley”. Y añadiendo en el segundo párrafo la excepción ante la concurrencia de fuerza mayor al decir que “No se aplicará la ampliación excepcional de la subcontratación prevista en el párrafo anterior en los supuestos contemplados en las letras e) y f) del apartado anterior, salvo que la circunstancia motivadora se la de fuerza mayor”

esté a disposición de todos los implicados en la obra a los que luego haremos referencia, se señala expresamente que se pondrá en conocimiento tanto del coordinador de seguridad y salud, como de todos los representantes de los trabajadores de las empresas que se encuentren en el ámbito de aplicación de sus trabajos, porque pueden verse afectadas, y además en el plazo de los cinco días hábiles siguientes, lo pondrá en conocimiento de la Autoridad Laboral, en tal caso además de la anotación en el Libro se habla de un informe expreso de la dirección facultativa señalando las causas de su necesidad, algo que puede aparecer como reiterativo a lo ya contenido en el Libro o que puede ser ampliatorio de aquel, y en todo caso lo lógico es que tal informe lo tramita la Autoridad Laboral tanto a sus propios servicios técnicos, como en especial a la Inspección de Trabajo.

Nos encontramos pues ante unos supuestos excepcionales, que el legislador ha procurado rodear de todas las garantías necesarias para que sean realmente excepcionales, obedezcan a unas razones tasadas y justificadas y controlables par evitar que sean un mal uso de la ley.

Este nivel adicional, sin embargo, no podrá realizarse nunca ni por trabajadores autónomos, ni tampoco por aquellas empresas a que antes hacíamos referencia como de fundamentalmente aportación de mano de obra.

3.4. -REGISTRO DE EMPRESAS ACREDITADAS:

Como una garantía adicional, y en línea con lo sucedido en otras legislaciones, se va a crear el Registro de Empresas (art. 6). Este Registro tendrá carácter autonómico, y por lo tanto, la inscripción deberá hacerse por cada empresa en la Comunidad en la que aquella tenga el domicilio social, aunque la inscripción lógicamente tendrá luego carácter nacional, y aquí se señala que será un registro de datos de acceso público, obviamente como dice el legislador salvaguardando el respeto a los datos que afectan al derecho a la intimidad.

Habrá, sin embargo que esperar al desarrollo reglamentario que deberá determinar capítulos y temas tan importantes, como cuál será el contenido de los datos a aportar al Registro, la forma de la inscripción, y los efectos, pero sobre todo la necesidad de un sistema que permita la coordinación de todos los registros.

3.5.- EL LIBRO DE SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 8 de la Ley plantea el Libro de Subcontratación, en la línea del Libro Registro que también establece en la reforma que se opera en el art. 42 E.T²¹..

Este libro es el principal documento que permitirá durante la realización de una obra, el poder conocer y controlar el cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la misma, y así se indica, en primer lugar, que deberá permanecer en todo momento en la obra, y que reflejará, siempre en orden cronológico, todas las subcontrataciones realizadas, detallando todas las operaciones que deben incluirse en las anotaciones,, con identificaciones tanto de las empresas, como de las personas responsables, así como que deberá señalarse el nivel que corresponde a cada subcontratación, y las acreditaciones de las obligaciones en materia de prevención de riesgos.

Este es un Libro al que tendrán acceso desde el coordinador, las empresas implicadas, y por supuesto la Autoridad Laboral, los técnicos de prevención, los delegados de prevención y los representantes de los trabajadores en todas las empresas que intervengan en la obra. Este libro se determina que reglamentariamente se establecerán sus condiciones, y sus contenidos.

Asimismo, se produce una importante novedad, dado que el texto de la Ley contempla la previsión de que se va a revisar toda la documentación existente ahora en la empresa, buscando con ello el conseguir una unificación y simplificación de dicha documentación.

En este sentido, es importante el art.10 que plantea la documentación que acredite la formación preventiva de los trabajadores, aunque es un artículo que puede quedar muy inconcreto, ya que en primer lugar vuelve a recordar la obligación general de las empresas de velar porque los trabajadores tengan la formación necesaria y adecuada en el tema de prevención, así como se remite a la posibilidad de que la negociación colectiva “*pueda*” establecer aquellos programas de formación que puedan ser individualizados por puestos de trabajo, pero quizás hubiera sido de desear el “*deba*” en lugar del “*pueda*” haciendo tal cláusula contenido obligatorio del convenio en un sector tan peligroso como este.

²¹ Vid: SEMPERE NAVARRO, A. V.: “*Los fenómenos interempresariales y el nuevo Libro registro tras el Real Decreto Ley 5/2006: un esquema*”. Aranzadi Social, números 7-8 año 2006 [BIB 2006/926]

También se plantea el tema del documento acreditativo de la formación preventiva específica que haya recibido cada trabajador, abriendo una doble posibilidad, que esta regulación la efectúe la propia negociación colectiva del sector, o bien se haga reglamentariamente.

Este documento, sin embargo, ofrece fuertes dosis de voluntarismo a la hora de definirlo, porque su diseño, ejecución y expedición puede, es decir es una posibilidad, realizarse a través de los órganos paritarios de los convenios sectoriales estatales, en colaboración con la Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Si unimos esta redacción posibilista con el párrafo anterior, que habla de una doble vía, podríamos habernos encontrado con el retraso en la regulación de un tema que pensamos es necesario sea tratado de forma más urgente, aunque parece, según algunas fuentes²², puede estar cercana su aprobación en el seno de la Fundación Laboral de la Construcción. Se tratará de un documento con validez para cinco años y que al renovarse se debería volver a acreditar la formación.

Por último, en el texto legal habían surgido dudas respecto a la titularidad de los bienes utilizados por las empresas, y en concreto sobre el título que debían tener las empresas sobre tales bienes, dado que en el artículo cuatro y al hablar de los requisitos exigibles a las empresas, tanto contratistas como subcontratistas, se refiere a que deben tener una organización productiva propia, que justifique y establece de forma clara su realidad como tal empresa evitando existan empresas creadas artificialmente por otras para diluir responsabilidades, y que carezcan de cualquier elemento de aquellos que la jurisprudencia ha considerado deben existir para que exista tal realidad empresarial.

Es claro que el artículo octavo habla de posesión de la maquinaria, que lo puede ser por ejemplo por alquiler, pensemos en los grandes equipos de trabajo, de muy alto coste o muy especializados, por lo tanto no debe entenderse exista contradicción entre ambos planteamientos. Por un lado deben disponer de una auténtica empresa, pero a su vez esta puede utilizar equipos que obviamente puede recabar de otras empresas.

3.6. -INFRACCIONES Y SANCIONES:

La Ley contiene una amplia reforma de la normativa en materia de infracciones y sanciones en el orden social²³ (LISOS). Así en primer lugar en las

²² Gaceta Prevención (Lex Nova) Año III, núm. 55, de 19 de marzo de 2007.

²³ Nos referimos al RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

infracciones en materia laboral, en concreto, y como infracción muy grave, se define en el artículo 8²⁴ el incumplimiento de la obligación de fijeza en la plantilla establecida en esta Ley, y que se concretará en un posterior desarrollo reglamentario.

Pero es en materia de prevención de riesgos en donde se producen las mayores novedades. Así en el art. 11 LISOS, se establecen dos nuevas infracciones de carácter leve, cuales son el “*no disponer en la obra de construcción del Libro de Subcontratación*” (art. 11.6 LISOS), y “*no disponer el contratista o subcontratista de la documentación o título*” que le permita acreditar estar en posesión de la maquinaria que utiliza (art. 11.7 LISOS).

Son pues obligaciones de carácter formal o documental que se consideran leves, aunque maticemos que en el primer supuesto será el no disponer del Libro en la obra, en el momento de la visita, pero luego será grave el no llevarlo en orden al día, con lo cual presupone que será también el no tenerlo en absoluto, porque en caso contrario sería una contradicción.

Como infracciones graves, en materia de prevención de riesgos, se detallan tres nuevos apartados en el art.12 LISOS, en concreto el punto 27 se refiere a las obligaciones del *subcontratista*, en concreto sancionan, en el apartado a), los incumplimientos *del deber de acreditar* que se dispone de los recursos humanos, que se tiene un sistema de organización de la prevención adecuado y que se encuentra inscrita en el Registro de Empresas. Por otro lado se sanciona, en el apartado b), el incumplimiento *de la obligación de comunicar los datos* necesarios para que pueda ser cumplimentado correctamente el Libro de Subcontratación, y por último, en el apartado c), superar los niveles permitidos de subcontratación o permitirla en los ámbitos excluidos de ejecución de subcontrataciones.

El punto 28, del artículo 12, se refiere a las obligaciones del *contratista*, repitiendo las que contemplan *supuestos no previstos*, o de *acreditar los medios* de que disponen, y, como hemos significado antes, el *no llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación* y como infracción particular y concreta del contratista *la vulneración de los derechos de información sobre las contratas y subcontratas* que se realicen, y que debe facilitar a los representantes de los trabajadores.

²⁴ Así se introduce en la Disposición adicional primera de la Ley, con el siguiente texto: “16. El incumplimiento de la normativa sobre limitación de la proporción mínima de trabajadores contratados con carácter indefinido contenida en la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y en su reglamento de aplicación”

Por último, el punto 29 contiene una sanción específica del *promotor*, ya que lo será el certificar, *sin que concurran las causas*, por parte de la dirección facultativa que se da un supuesto de *ampliación* de niveles de subcontratación.

La reforma del art. 13 LISOS contiene las mismas infracciones referidas en el ámbito del *subcontratista*, *al deber de acreditación* de los recursos (apartado 15 a), a utilización indebida de la *subcontratación* en supuestos *no permitidos* (apartado 15 b), incluyendo el supuesto de que se faciliten *datos falsos al contratista o al subcontratista* (apartado 15 c) para el que trabaje, incumpliendo los requisitos legales. En los dos primeros casos, será muy grave cuando se trate de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y la salud de los trabajadores en el sector de la construcción, contenidos en el anexo II del RD 1627/1997.

En relación con los *contratistas* (apartado 16), también se considerarán muy graves en el caso de dichos trabajos con *riesgos especiales* (apartado 16 a)), los incumplimientos en relación con *el deber de acreditar* (apartado 16 b)) de sus medios o realizar supuestos prohibidos superando los niveles permitidos (apartado 16 c)).

Y por último, en el apartado 17, y para el caso de *trabajos con riesgos especiales*, y tratándose de *promotores*, se considerará muy grave la actuación de la dirección facultativa ampliando un nivel sin causa.

3.7.- OTRAS CUESTIONES:

La Ley contiene una serie de normas en sus Disposiciones adicionales segunda y tercera, referidas, en el primer supuesto a aquellas otras incluidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la Disposición adicional tercera²⁵ permite que la negociación colectiva del sector, a nivel estatal, realice (“*podrá*”) un adaptación de la actual regulación normativa del contrato de obra o servicio determinado para poder conseguir una mejora en la situación del empleo. Hemos de precisar que esta Disposición adicional tercera, la consideramos necesaria dada la reforma normativa introducida en el párrafo 5 de art. 15 ET a través de la Ley 43/2006 sobre encadenamiento de los contratos temporales, entre ellos los de obra o servicio determinado, que son los típicos

²⁵ Así establece que “*Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio de terminado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación.*”

del sector de la construcción, y que los limita a veinticuatro meses de duración en un periodo de treinta meses y en su párrafo segundo encomienda, a la negociación colectiva, establecer los requisitos necesarios para evitar una utilización excesiva. Lógicamente con la actual regulación contenida en el convenio estatal del sector²⁶ que prevé la duración del contrato de obra o servicio por un periodo de treinta y seis meses, si no existe esa adaptación, difícilmente podemos esperar el cumplimiento del precepto legal.

Por último, y tras cifrar la entrada en vigor en seis meses, es decir, hasta el 19 de abril de 2007, se establece una ficha en el anexo provisional hasta en tanto aparezca desarrollado reglamentariamente el libro de subcontratación.

²⁶ Resolución de 26 de julio de 2002, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio Colectivo General del sector de la Construcción 2002-2006, que en su artículo 28 para el contrato “*fijo de obra*” cuyo objeto es el contenido en el art. 15 1 a) ET, prevé que podrá trabajar en distintos centros de trabajo sucesivos durante un máximo de tres años, previendo que incluso puedan prolongarse más allá sin perder el carácter temporal, al contraponerlo, en el art. 28, al contrato “*fijo de plantilla*”.

“LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.”

Por María Angeles Burgos Giner. Profesora Titular EU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universitat Jaume I Castellón., y Vicente Sampedro Guillamón. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

1.-INTRODUCCIÓN:

La evolución de las relaciones laborales, y de la legislación que las regula, viene ajustándose a los cambios que en los sistemas económicos y productivos se vienen produciendo. Así tras la llamada crisis del petróleo, surgió el llamado, a su vez, derecho del Trabajo de la crisis y algunos de los principios que parecía inmutables van sufriendo fuertes golpes que llegan a desnaturalizarlos, por ejemplo al existir un “contrato temporal de fomento del empleo¹”, no causal. Aunque también es lo cierto que los gobiernos y las legislaciones han comprobado que se habían producido muchos abusos y han querido volver atrás, como lo sucedido en nuestro país en la reciente reforma laboral².

Sin embargo, hay algunos cambios que no van a desaparecer, y entre ellos se citarían a los fenómenos de la descentralización productiva o a la externalización de funciones, a través de las figuras de las contratatas y subcontratatas como medios para auxiliarse las empresas y así poder dar cumplimiento a los compromisos adquiridos. Ya que, como ha señalado la doctrina, al referirse a la descentralización productiva, debe de “contemplarse como una técnica de gestión”, sin olvidar que cuenta con un instrumento, que es la flexibilidad, ya que “la cuestión de fondo es la relativa a su utilización para

¹ Sería el caso, por ejemplo del RD 1989/1984, de 17 de octubre y todas las intervenciones normativas flexibilizando la contratación temporal. Ya que si recordamos, en la redacción dada art. 17.3 del E.T./1980 se contemplaba la habilitación dada al Gobierno para la adopción de medidas que facilitarían la colocación de trabajadores demandantes de empleo, y bajo esta cobertura legal aparece una modalidad contractual de carácter coyuntural: la contratación temporal de fomento del empleo, que fue muy utilizada hasta la reforma del ET en 1995, y que en la actualidad queda solamente vigente para los trabajadores con discapacidad de acuerdo con la Disposición Adicional primera de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo. Sobre la temporalidad como medida de fomento del empleo: vid. SEGURA, J, DURÁN, F, TOHARIA, L y BENTOLILA, S: “Análisis de la contratación temporal en España”, Madrid, 1991, MTSS, en especial pág .25. ELORDI DENTICI, A, DEL REY GUANTER, S, SERRANO MARTÍNEZ, J Y GALA DURÁN, C: “Trabajo, temporalidad y Empresas de Trabajo temporal en España”, Madrid 2001, Agett, en especial págs. 129 y sgs; sobre la evolución del empleo temporal entre 1976 y 2001.

² Nos referimos a la operada a través del RD Ley 5/2006 de 9 de junio y que se convirtió en la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo.

reducir costes y hacer posible un uso flexible de la mano de obra mediante la diversificación de las fuentes de aportación del volumen de mano de obra que la empresa precisa para su funcionamiento”³. En el primer caso, los trabajos son dados a las empresas fuera de la principal, por ejemplo los talleres en el sector de la confección, o incluso a países llamados del tercer mundo, y en el supuesto de la externalización de funciones, la empresa va desgajando las labores no directamente relacionadas con su trabajo central, y las va dejando en mano de terceras empresas que realizan sus trabajos en su propio centro de trabajo.

Puede parecer extraño, pero ahora se pretende que una empresa que fabrique azulejos, se dedique solamente a eso, pero es obvio que ahora el personal dedicado a limpieza, a mantenimiento, a seguridad no es de la propia empresa sino que es contratado a empresas terceras que prestarán allí sus servicios.

Incluso en un paso más, los propios trabajos centrales del proceso productivo, pueden ser cubiertos en caso de necesidades extraordinarias, por ejemplo aumentos de pedidos o bajas de varios trabajadores por enfermedad, bien por contratos de duración determinada contratados por la propia empresa o bien recurriendo a una empresa de trabajo temporal, en un fenómeno que hemos denominado siempre cesión de trabajadores, antes ilícito administrativo, incluso penal, pero que ahora sólo lo será en el caso de efectuarse fuera de una empresa de trabajo temporal, o de la regulación normativa de estas.

Si esta situación es general en la mayor parte de empresas, sea cual sea su tamaño y su sector, el tema se vuelve más preocupante cuando hablamos de las obras de construcción. En ellas confluyen siempre varias empresas que se corresponden con las distintas unidades de una obra, y a su vez estas contratistas vuelven a subcontratar parte de sus trabajos a unos subcontratistas o a trabajadores autónomos.

En principio, cualquier presencia de varias empresas en un mismo lugar de trabajo siempre entraña un riesgo añadido, podríamos decir que los riesgos de cada trabajo se van acumulando, y más aún si consideramos el sector de la construcción, en que ya no se acumulan sino que se multiplican y son una de las causas que producen la alta siniestralidad del sector.

³ Tal y como lo ha expresado RIVERO LAMAS, J : “*La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*” en AA.VV.: “*Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*” X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid 2000, MTSS, pag. 81.

Por ello, el legislador ha venido introduciendo reformas en el tema de las contratas y subcontratas, en general y en cualquier empresa, y en mayor detalle y con una dirección centrada en la prevención de riesgos laborales, en el sector de la construcción. A estas dos reformas normativas vamos a referirnos.

2.- REFORMAS EN LA NORMATIVA GENERAL:

El pasado mes de junio de 2006, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado, en concreto el del día 14, el Real Decreto- Ley 5/2006 de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo. Estamos ante una norma que, sin duda, constituye un punto importante de inflexión en la normativa laboral, ya que afronta el tema del empleo desde la órbita ya no de la mera cantidad, sino buscando una mejor calidad, buscando solucionar algunos problemas que se vienen detectando, entre ellos, el más importante el del encadenamiento de contratos.

El Real Decreto- Ley nace del acuerdo entre la CEOE, CEPYME, UGT y CC. OO. , dentro de los diversos ámbitos que se han ido promocionando para el Diálogo Social. Pues bien, esta norma ha sido ya transformada por nuestras Cortes Generales en Ley 43/2006 de 29 de diciembre, y en ella se contempla también como tema de interés el del fenómeno de la subcontratación, buscando como señala la propia Exposición de Motivos *“asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva sea compatible con la protección de los trabajadores especialmente cuando se trate de empresas principal, contratista y subcontratista que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo”*⁴, añadiendo además el interés por deslindar estos supuestos que pueden producir en algunos casos supuestos de cesión ilegal, para lo cual incluso se produce lo que se señala como definición de cesión ilegal de trabajadores, más bien una descripción, de supuestos, eso sí recordando que la cesión legal de trabajadores sólo puede realizarse por las empresas de trabajo temporal.

En el tema de contratas y subcontratas, pues, en la línea de lo ya actuado en anteriores reformas, el art.42 ET viene a incluir las siguientes novedades:

1.- En el apartado 4 del art. 42 ET, aparece un nuevo concepto⁵, cual es el de empresa que comparta de forma continuada un mismo centro de trabajo, un caso que

⁴ Párrafo séptimo, apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre.

⁵ Al establecer en el párrafo segundo que: *“Cuando la empresa principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá de disponer de un libro*

fácilmente se encuentra con temas como limpieza, seguridad, entre otros. En este supuesto se establece un libro de registro que reflejará toda la información a que se refiere el mismo artículo, en el mismo apartado, respecto a todas las empresas afectadas. Esta información deberá contener el nombre o razón social, domicilio y NIF de la empresa contratista o subcontratista, el objeto, lugar y duración de la contrata, el número de trabajadores ocupados y las medidas preventivas de coordinación de actividades a efectos de la prevención de riesgos. Coincidiendo esta información con la que debe informar a los representantes de los trabajadores, e insistiendo con que, estará dicho libro a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

2.- Se añade un nuevo apartado 6,⁶ que establece que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas podrán plantear cuestiones a los representantes de los trabajadores de la empresa principal, entendemos que se trata de la representación unitaria, es decir delegados de personal o comités de empresa, por referirlo a la representación legal cuando carece de ella.

Se exige para ello la concurrencia de dos requisitos, uno que carezcan de representación legal propia, y además que se trate de temas relacionados a las condiciones de ejecución del trabajo por ejemplo problemas de vestuarios, y no relativos sólo a su empresa, por ejemplo, retrasos en el pago de los salarios.

3.- Pero para el supuesto en que sí cuenten representación legal, se adiciona en el art. 42 ET un nuevo apartado 7, que permite que los representantes legales, si los hubiere, de las empresas contratistas y subcontratistas, y para el supuesto que compartieran centro de trabajo de forma continuada, puedan reunirse para coordinarse entre ellos, y todo ello en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley. Referencia esta última que sólo plantea en el texto legal, es decir en el art. 81 del ET⁷, el uso de locales y

de registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes de los trabajadores”.

⁶ “6. Los trabajadores de las empresas contratista y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación.

Lo dispuestos en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende”.

⁷ Que tras la reforma efectuada, se adicionaba a su anterior redacción: “La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden en la empresa”. Sin que olvidemos que mantiene la misma redacción respecto del derecho al local para desarrollar sus actividades condicionado a que “sus características lo permitan” como también el que: “Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo”.

tablón de anuncios, recordando que en este supuesto de contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo, se permite que podrán hacer uso de dichos locales, remitiéndose a lo que se acuerde con la empresa.

El texto no resuelve las dudas sobre esas reuniones entre los representantes legales, no parece que estemos hablando de ningún órgano creado para este supuesto, por lo que nos encontramos con un tema que será desarrollado en el seno de la propia empresa principal, y quizás habría que entender que igual que lo referido a locales, debería de haber, un acuerdo colectivo con la empresa, cuyo contenido contemplara temas como el aviso previo de la reuniones, el momento de efectuarlas ya bien dentro o fuera de la jornada, sin o con crédito horario específico pero dentro del uso legal del que ya tienen, es decir, temas todos que dependerán de la facultad de autoorganización de los representantes de los trabajadores. Que entendemos estarán en la línea de poder continuar efectuando sus funciones de representación, a través de las reuniones en los locales cedidos por la empresa principal, en donde indirectamente sobre éste empresario principal recae la obligación de “facilitar” los locales que serán los medios que permitirán la celebración de esas reuniones entre ambas representaciones o por separado.⁸ Y en todo caso, será la negociación colectiva la encargada de determinar tanto la capacidad como el ámbito de actuación de la representación, al establecerlo así el art.42.7 ET, ante la falta de claridad del precepto.

3.- LA LEY 32/2006, REGULADORA DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN:

Durante mucho tiempo, se ha venido detectando que en el fenómeno de la alta siniestralidad de la construcción influyen diversos factores, como la temporalidad y variabilidad de cualquier obra, los contratos en precario de muchos trabajadores, etc..., pero sin duda uno de los factores que se ha venido resaltando por su carácter principal en esa siniestralidad, es el del fenómeno de la proliferación de empresas en un centro de trabajo, que es una obra. Ello conlleva a que en muchas ocasiones, ese factor de presencias conjuntas produzca una auténtica multiplicación de los riesgos.

⁸ Vid: MONEREO PÉREZ, J. L.: “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, Aranzadi Social, número 19, año 2006, [BIB 2006\2067] que considera que del precepto se desprende un “llamamiento de Acuerdo colectivo de empresa que determine las condiciones de utilización compartida o uso conjunto de los locales para celebrar reuniones internas entre las distintas representaciones legales de las empresas implicadas en el proceso de subcontratación”.

Ante este tema, y sin olvidar que el fenómeno de la subcontratación obedece a características propias del sector, “*tradición*” le llama la Exposición de Motivos, y a las necesidades de los procesos de externalización productiva o de la especialización, tampoco se puede obviar la necesidad de controlar el proceso que puede llevar a abusos, ya que pueden proliferar empresas sin organización productiva, y a la larga, como dice también la propia Exposición de Motivos “*los indicados excesos de subcontratación pueden facilitar la aparición de prácticas incompatibles con la seguridad y salud en el trabajo*”.⁹

La Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción¹⁰, pretende resolver los graves problemas que, insistimos, vienen planteando el fenómeno de la subcontratación, recortando su uso, como luego veremos, hasta el tercer nivel, y además estableciendo una serie de cautelas:

- a) Exige determinadas condiciones, limitadas y muy rígidas, para que puedan efectuarse subcontrataciones a partir de ese tercer nivel.
- b) Las empresas que quieran trabajar como contratista o subcontratista vienen precisadas a ofrecer unas garantías en cuanto calidad, solvencia, y también en cuanto a que deberán acreditar la formación en prevención de sus trabajadores.
- c) Se establece la obligatoriedad de que dichas empresas tengan en su seno un empleo estable, estableciéndose un porcentaje de la plantilla con trabajadores indefinidos, que comienza en el diez por ciento de la plantilla para llegar a un treinta por ciento.
- d) Se establecen sistemas de control documental de los trabajos, permitiendo así una mayor transparencia en las obras de construcción, a través del Libro de Subcontratación, al que se tiene amplio acceso, como luego veremos.

3.1.- OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY:

La Ley tiene un claro objetivo, cual es el regular la subcontratación en el sector de la construcción, estableciendo en su art.2 cuáles son los trabajos de construcción que

⁹ Último punto del Párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Contratación. Y, como mantiene la doctrina, esta Ley “*trata de hacer frente al gravísimo problema de la siniestralidad laboral en el sector de la construcción*”, vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: “*La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo*”. Aranzadi Social núm. 19, año 2006 [BIB 2006\2067]

¹⁰ BOE de 19 de octubre.

se constituyen en objeto de Ley¹¹, estableciendo una descripción de los trabajos que se efectúan desde que se inicia una obra hasta su terminación, y los que se puedan efectuar en toda obra de construcción, ya sea pública o privada, de construcción o de ingeniería civil.

El artículo 3 contempla un amplio capítulo de definiciones, que no plantean novedades, aunque sí aclara, de acuerdo con la Jurisprudencia, el concepto de promotor¹², y el de contratista o empresario principal¹³, pudiendo coincidir o no ambas figuras.

Se define el concepto de subcontratista, como aquel que asume el compromiso de realizar parte o unidades de obra, bien con contrato con el contratista principal o con otro subcontratista, y que se sujetará al proyecto por el que se rige la ejecución de la obra. También aparece una clarificación en este sentido que llevaría a denominarse primer subcontratista al que tiene como comitente al contratista, el segundo el contratista de aquel y así sucesivamente¹⁴.

La Ley sí que aporta dos novedades importantes. Por un lado el trabajador autónomo¹⁵, que asume partes de obra o instalaciones, y lo puede efectuar de forma personal o individual, es decir por él mismo, o bien empleando trabajadores por cuenta ajena, y en este último caso tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los

¹¹ Así, conforme el párrafo segundo de dicho artículo, se relacionan los trabajos objeto de la ley y que serán los de: “Excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento.

¹² Así, conforme el Art. 3 b) tendrá la consideración de “Promotor: cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra”

¹³ Define, en el apartado e) del art. 3, al contratista o empresario principal como “la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato.” Pero aclarando, en el segundo párrafo de dicho artículo que “Cuando el promotor realice directamente con medios materiales y humanos propios la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrá también la consideración de contratista a los efectos de la presente Ley; asimismo, cuando la contrata se haga con una Unión Temporal de Empresas, que no ejecute directamente la obra, cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de la obra que ejecute.

¹⁴ Cuando, en el apartado f): “Subcontratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente.”

¹⁵ Al definirlo en el apartado g) como “la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplea en la obra trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la presente Ley”

efectos de la Ley, ocupando por lo tanto un nivel y evitando así el fraude que podría cometerse.

También es importante en este sentido que se definan tanto la subcontratación como el nivel, calificando al primera como *práctica mercantil de organización productiva* por la cual se encarga parte del trabajo por parte del contratista o subcontratista *a otro subcontratista o a un trabajador autónomo*¹⁶. Y el nivel será cada uno de los escalones en que se va desarrollando el trabajo¹⁷.

3.2-REQUISITOS DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS O SUBCONTRATISTAS:

El legislador establece, en el artículo 4 de la Ley, una serie de requisitos exigibles tanto a los contratistas, como a los subcontratistas, buscando evitar la existencia de falsas empresas, sin solvencia, sin medios que son además fuentes peligrosas de accidentes. En este sentido se establecen:

- a) Deben tratarse de empresas reales, con una organización productiva propia, lo que incluye los medios materiales y personales necesarios para poder realizar su actividad, asumiendo también lo que define el propio concepto de empresa, es decir, asumiendo los riesgos, responsabilidades y obligaciones que conlleva toda actividad empresarial. (Art. 4. 1 a) y b))
- b) Para evitar el fraude tanto respecto a empresas como a autónomos, se establece (Art. 4 1 c) que ambos deben ser los que organicen y dirijan sus trabajos y en el caso de los autónomos, que los sean realmente, aunque en ambos supuestos cabe el sometimiento a las órdenes generales de planificación y ejecución de la obra que le correspondería al contratista principal.
- c) Se establece (Art. 4.2 a)) la necesidad de que se disponga de personal con la formación necesaria en prevención de riesgos, y tanto para el personal directivo como para la mano de obra directa, y deberá tener uno de los modelos de organización de los previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
- d) Se crea un registro de Empresas acreditadas (Art. 6), que dependerá de la Autoridad de la Comunidad Autónoma, en donde se encuentre el domicilio social de la empresa, estableciendo un sistema de comunicación de todos los

¹⁶ Art. 3 h) Ley 32/2006 de 18 de octubre.

¹⁷ En el apartado i) del art. 3 al decir que será “*cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor*”.

registros y las formas de acceso, así como se establece que reglamentariamente se establecerá tanto la forma como los contenidos de dicho registro, y algo importante la inscripción tendrá validez para todo el territorio nacional. Se pretende con este registro dotar de un mayor rigor y transparencia para los contratantes a la hora de efectuar las contrataciones y subcontrataciones. Para ello las empresas acreditarán cumplir los requisitos que hemos venido reseñando en los puntos anteriores, mediante el sistema de efectuar una declaración documental, de que cumplen los requisitos (Art. 4.3), algo que se concretará también en cuanto a forma y contenido en el desarrollo reglamentario.

- e) La novedad más importante de la Ley, sin embargo, se encuentra en el tema del empleo en estas empresas¹⁸, ya que aquellas que se contraten “*habitualmente*” en trabajos de obras de construcción, se ven obligadas a tener una parte de la plantilla con trabajadores que tengan un contrato indefinido, porcentaje que se inicia con un diez por ciento desde la fecha de entrada en vigor de la Ley y durante los primeros dieciocho meses de su vigencia, continúa con un veinte por ciento en el periodo del mes decimonoveno al trigésimo sexto para llegar a ser del treinta por ciento a partir del mes trigésimo séptimo inclusive, aunque se advierte que la forma de efectuar el cómputo vendrá determinado de forma reglamentaria y no podemos saber si también se establecerá algún criterio para definir el concepto de *habitualidad*, aunque en este caso entendemos bastará con analizar el volumen de actividad económica de la empresa y ver qué parte es la dedicada a las obras de construcción.

3.3. -RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 5 de la Ley constituye, sin duda, el punto central de la reforma operada. La norma parte de un principio que se recalca, cual es que la subcontratación es un fenómeno existente en el sistema productivo de las empresas, y constituye una forma de organización productiva que como tal es legítimo, y que por lo tanto no puede ser limitado.

¹⁸ Tal y como se establece en el apartado 4 del Art. 4: “*Las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados de carácter indefinido que no será inferior al 10 por ciento durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20 por ciento durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30 por ciento a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive*”.

Sin embargo, la realidad de lo observado en numerosas obras en las que se detectan graves abusos, y su relación directa y constatada con la siniestralidad, llevan a que el legislador señale que no puede ser limitada, “*salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta ley*”. Es decir, se va a controlar el uso de la subcontratación en virtud de las razones a que antes hemos hecho referencia.

Así pues, se establece un régimen general que lo que hace es limitar hasta el tercer nivel la posibilidad de efectuar subcontrataciones, y ello se concreta desde el momento y punto inicial. El promotor será el que podrá contratar directamente con los contratistas que estime oportuno, siendo indiferente que se trate de personas físicas o jurídicas (Art. 5.2 a)).

El contratista principal, o el promotor si asumiera tales funciones, podrá dar a contratar la ejecución de los trabajos que hubiera contratado con el promotor, y lo podrá hacer tanto con empresas contratistas, como con trabajadores autónomos (Art. 5.2 b)), figura que aparece en la ley¹⁹, dada la relevancia e importancia que puede tener.

Y aquí surge la novedad (Art. 5.2 c)) pues sólo se va a permitir la subcontratación sucesiva a los que lo realicen estando en el primer o en el segundo nivel, de acuerdo con el concepto del artículo 3º a que antes hacíamos referencia, es decir, a los escalones en que se estructura el sistema de subcontratación para desarrollar el total o parte de la obra que asume el contratista en virtud del contrato que tiene con el promotor. Así, el tercer subcontratista no podría ya subcontratar aquellos trabajos que venga realizando en virtud de su contrato, ni con otras empresas subcontratistas ni con trabajadores autónomos. Se produce pues aquí el fin de la subcontratación, el límite real al exceso de empresas en las obras.

Esta regla general del tercer nivel tiene, sin embargo, dos limitaciones y unas posibilidades de excepción. En el primer caso, se trata de una prohibición general de subcontratar a aquellas empresas que sólo colaboran en la obra aportando mano de obra, es decir trabajadores cuyo único trabajo se realice con herramientas manuales, o motorizadas portátiles, y que los otros equipos de trabajo sean de otras empresas de la obra. Pensemos en una empresa de albañilería, que sólo aporta albañiles con sus herramientas manuales, o con sierras de disco propias, pero que obviamente usará los

¹⁹ Vid: MARTÍNEZ BARROSO, M. R :“ *La existencia del deber de vigilancia empresarial en las contrataciones a los trabajadores autónomos, tras la entrada en vigor de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*”. Aranzadi Social, núm. 18, año 2006 [BIB 2006\1992]

materiales de la hormigonera de la obra o los medios para subirlos a las plantas, por ejemplo, montacargas del contratista principal.

Parece claro que en este supuesto no puede haber ninguna razón para subcontratar, salvo para realizar abusos, como sería el crear unidades falsas de obra, como serían albañilería de interior o exterior, distinguiendo tipos de paredes, etc. y que lo que deberá hacerse será contratar la propia empresa más trabajadores si hay mayor cantidad de trabajo, no pudiendo recurrir a otra subcontratación.

Tampoco se permite (Art. 5,2 e)) la subcontratación y con carácter general, cuando se trate de trabajadores autónomos, que por lo tanto no podrá subcontratar los trabajos a ellos encomendados, ni con otros trabajadores autónomos ni con empresas subcontratistas.

El legislador, sin embargo, establece una posibilidad de extender el tercer nivel²⁰ a que antes hemos hecho referencia, pero es una posibilidad excepcional, y como tal restrictiva, y que sólo puede obedecer a cuatro causas:

- a) casos fortuitos
- b) exigencias de especialización
- c) complicaciones técnicas
- d) fuerza mayor

Si descendemos al detalle, es obvio que en un derribo puede surgir la aparición de materiales, o riesgos imprevistos, en una excavación pueden aparecer dificultades añadidas en los trabajos por las características del terreno, o unas fuertes lluvias pueden exigir que tengamos que contratar empresas con medios especializados para el rápido secado y extracción de agua, es decir, en todos estos casos habría una justificación obvia para la aparición de un nivel adicional.

Ahora bien, para ello se requiere que la dirección facultativa de la obra lo justifique y lo apruebe, señalando la causa o causas que den lugar a dicha situación excepcional, lo anotará en el Libro de Subcontratación, y además de que dicho Libro

²⁰ Al establecer en el primer párrafo del apartado 3 del art. 5: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando en casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra, fuera necesario, a juicio de la dirección facultativa, la contratación de alguna parte de la obra con terceros, excepcionalmente se podrá extender la subcontratación establecida en el apartado anterior en un nivel adicional, siempre que se haga constar por la dirección facultativa su aprobación previa y al causa o causas motivadoras de la misma en el Libro de Subcontratación al que se refiere el artículo 7 de esta Ley”. Y añadiendo en el segundo párrafo la excepción ante la concurrencia de fuerza mayor al decir que “No se aplicará la ampliación excepcional de la subcontratación prevista en el párrafo anterior en los supuestos contemplados en las letras e) y f) del apartado anterior, salvo que la circunstancia motivadora se la de fuerza mayor”

esté a disposición de todos los implicados en la obra a los que luego haremos referencia, se señala expresamente que se pondrá en conocimiento tanto del coordinador de seguridad y salud, como de todos los representantes de los trabajadores de las empresas que se encuentren en el ámbito de aplicación de sus trabajos, porque pueden verse afectadas, y además en el plazo de los cinco días hábiles siguientes, lo pondrá en conocimiento de la Autoridad Laboral, en tal caso además de la anotación en el Libro se habla de un informe expreso de la dirección facultativa señalando las causas de su necesidad, algo que puede aparecer como reiterativo a lo ya contenido en el Libro o que puede ser ampliatorio de aquel, y en todo caso lo lógico es que tal informe lo tramita la Autoridad Laboral tanto a sus propios servicios técnicos, como en especial a la Inspección de Trabajo.

Nos encontramos pues ante unos supuestos excepcionales, que el legislador ha procurado rodear de todas las garantías necesarias para que sean realmente excepcionales, obedezcan a unas razones tasadas y justificadas y controlables par evitar que sean un mal uso de la ley.

Este nivel adicional, sin embargo, no podrá realizarse nunca ni por trabajadores autónomos, ni tampoco por aquellas empresas a que antes hacíamos referencia como de fundamentalmente aportación de mano de obra.

3.4. -REGISTRO DE EMPRESAS ACREDITADAS:

Como una garantía adicional, y en línea con lo sucedido en otras legislaciones, se va a crear el Registro de Empresas (art. 6). Este Registro tendrá carácter autonómico, y por lo tanto, la inscripción deberá hacerse por cada empresa en la Comunidad en la que aquella tenga el domicilio social, aunque la inscripción lógicamente tendrá luego carácter nacional, y aquí se señala que será un registro de datos de acceso público, obviamente como dice el legislador salvaguardando el respeto a los datos que afectan al derecho a la intimidad.

Habrá, sin embargo que esperar al desarrollo reglamentario que deberá determinar capítulos y temas tan importantes, como cuál será el contenido de los datos a aportar al Registro, la forma de la inscripción, y los efectos, pero sobre todo la necesidad de un sistema que permita la coordinación de todos los registros.

3.5.- EL LIBRO DE SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 8 de la Ley plantea el Libro de Subcontratación, en la línea del Libro Registro que también establece en la reforma que se opera en el art. 42 E.T²¹..

Este libro es el principal documento que permitirá durante la realización de una obra, el poder conocer y controlar el cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la misma, y así se indica, en primer lugar, que deberá permanecer en todo momento en la obra, y que reflejará, siempre en orden cronológico, todas las subcontrataciones realizadas, detallando todas las operaciones que deben incluirse en las anotaciones,, con identificaciones tanto de las empresas, como de las personas responsables, así como que deberá señalarse el nivel que corresponde a cada subcontratación, y las acreditaciones de las obligaciones en materia de prevención de riesgos.

Este es un Libro al que tendrán acceso desde el coordinador, las empresas implicadas, y por supuesto la Autoridad Laboral, los técnicos de prevención, los delegados de prevención y los representantes de los trabajadores en todas las empresas que intervengan en la obra. Este libro se determina que reglamentariamente se establecerán sus condiciones, y sus contenidos.

Asimismo, se produce una importante novedad, dado que el texto de la Ley contempla la previsión de que se va a revisar toda la documentación existente ahora en la empresa, buscando con ello el conseguir una unificación y simplificación de dicha documentación.

En este sentido, es importante el art.10 que plantea la documentación que acredite la formación preventiva de los trabajadores, aunque es un artículo que puede quedar muy inconcreto, ya que en primer lugar vuelve a recordar la obligación general de las empresas de velar porque los trabajadores tengan la formación necesaria y adecuada en el tema de prevención, así como se remite a la posibilidad de que la negociación colectiva “*pueda*” establecer aquellos programas de formación que puedan ser individualizados por puestos de trabajo, pero quizás hubiera sido de desear el “*deba*” en lugar del “*pueda*” haciendo tal cláusula contenido obligatorio del convenio en un sector tan peligroso como este.

²¹ Vid: SEMPERE NAVARRO, A. V.: “*Los fenómenos interempresariales y el nuevo Libro registro tras el Real Decreto Ley 5/2006: un esquema*”. Aranzadi Social, números 7-8 año 2006 [BIB 2006/926]

También se plantea el tema del documento acreditativo de la formación preventiva específica que haya recibido cada trabajador, abriendo una doble posibilidad, que esta regulación la efectúe la propia negociación colectiva del sector, o bien se haga reglamentariamente.

Este documento, sin embargo, ofrece fuertes dosis de voluntarismo a la hora de definirlo, porque su diseño, ejecución y expedición puede, es decir es una posibilidad, realizarse a través de los órganos paritarios de los convenios sectoriales estatales, en colaboración con la Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Si unimos esta redacción posibilista con el párrafo anterior, que habla de una doble vía, podríamos habernos encontrado con el retraso en la regulación de un tema que pensamos es necesario sea tratado de forma más urgente, aunque parece, según algunas fuentes²², puede estar cercana su aprobación en el seno de la Fundación Laboral de la Construcción. Se tratará de un documento con validez para cinco años y que al renovarse se debería volver a acreditar la formación.

Por último, en el texto legal habían surgido dudas respecto a la titularidad de los bienes utilizados por las empresas, y en concreto sobre el título que debían tener las empresas sobre tales bienes, dado que en el artículo cuatro y al hablar de los requisitos exigibles a las empresas, tanto contratistas como subcontratistas, se refiere a que deben tener una organización productiva propia, que justifique y establece de forma clara su realidad como tal empresa evitando existan empresas creadas artificialmente por otras para diluir responsabilidades, y que carezcan de cualquier elemento de aquellos que la jurisprudencia ha considerado deben existir para que exista tal realidad empresarial.

Es claro que el artículo octavo habla de posesión de la maquinaria, que lo puede ser por ejemplo por alquiler, pensemos en los grandes equipos de trabajo, de muy alto coste o muy especializados, por lo tanto no debe entenderse exista contradicción entre ambos planteamientos. Por un lado deben disponer de una auténtica empresa, pero a su vez esta puede utilizar equipos que obviamente puede recabar de otras empresas.

3.6. -INFRACCIONES Y SANCIONES:

La Ley contiene una amplia reforma de la normativa en materia de infracciones y sanciones en el orden social²³ (LISOS). Así en primer lugar en las

²² Gaceta Prevención (Lex Nova) Año III, núm. 55, de 19 de marzo de 2007.

²³ Nos referimos al RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

infracciones en materia laboral, en concreto, y como infracción muy grave, se define en el artículo 8²⁴ el incumplimiento de la obligación de fijeza en la plantilla establecida en esta Ley, y que se concretará en un posterior desarrollo reglamentario.

Pero es en materia de prevención de riesgos en donde se producen las mayores novedades. Así en el art. 11 LISOS, se establecen dos nuevas infracciones de carácter leve, cuales son el “*no disponer en la obra de construcción del Libro de Subcontratación*” (art. 11.6 LISOS), y “*no disponer el contratista o subcontratista de la documentación o título*” que le permita acreditar estar en posesión de la maquinaria que utiliza (art. 11.7 LISOS).

Son pues obligaciones de carácter formal o documental que se consideran leves, aunque maticemos que en el primer supuesto será el no disponer del Libro en la obra, en el momento de la visita, pero luego será grave el no llevarlo en orden al día, con lo cual presupone que será también el no tenerlo en absoluto, porque en caso contrario sería una contradicción.

Como infracciones graves, en materia de prevención de riesgos, se detallan tres nuevos apartados en el art.12 LISOS, en concreto el punto 27 se refiere a las obligaciones del *subcontratista*, en concreto sancionan, en el apartado a), los incumplimientos *del deber de acreditar* que se dispone de los recursos humanos, que se tiene un sistema de organización de la prevención adecuado y que se encuentra inscrita en el Registro de Empresas. Por otro lado se sanciona, en el apartado b), el incumplimiento *de la obligación de comunicar los datos* necesarios para que pueda ser cumplimentado correctamente el Libro de Subcontratación, y por último, en el apartado c), superar los niveles permitidos de subcontratación o permitirla en los ámbitos excluidos de ejecución de subcontrataciones.

El punto 28, del artículo 12, se refiere a las obligaciones del *contratista*, repitiendo las que contemplan *supuestos no previstos*, o de *acreditar los medios* de que disponen, y, como hemos significado antes, el *no llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación* y como infracción particular y concreta del contratista *la vulneración de los derechos de información sobre las contratas y subcontratas* que se realicen, y que debe facilitar a los representantes de los trabajadores.

²⁴ Así se introduce en la Disposición adicional primera de la Ley, con el siguiente texto: “16. El incumplimiento de la normativa sobre limitación de la proporción mínima de trabajadores contratados con carácter indefinido contenida en la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y en su reglamento de aplicación”

Por último, el punto 29 contiene una sanción específica del *promotor*, ya que lo será el certificar, *sin que concurran las causas*, por parte de la dirección facultativa que se da un supuesto de *ampliación* de niveles de subcontratación.

La reforma del art. 13 LISOS contiene las mismas infracciones referidas en el ámbito del *subcontratista*, *al deber de acreditación* de los recursos (apartado 15 a), a utilización indebida de la *subcontratación* en supuestos *no permitidos* (apartado 15 b), incluyendo el supuesto de que se faciliten *datos falsos al contratista o al subcontratista* (apartado 15 c) para el que trabaje, incumpliendo los requisitos legales. En los dos primeros casos, será muy grave cuando se trate de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y la salud de los trabajadores en el sector de la construcción, contenidos en el anexo II del RD 1627/1997.

En relación con los *contratistas* (apartado 16), también se considerarán muy graves en el caso de dichos trabajos con *riesgos especiales* (apartado 16 a)), los incumplimientos en relación con *el deber de acreditar* (apartado 16 b)) de sus medios o realizar supuestos prohibidos superando los niveles permitidos (apartado 16 c)).

Y por último, en el apartado 17, y para el caso de *trabajos con riesgos especiales*, y tratándose de *promotores*, se considerará muy grave la actuación de la dirección facultativa ampliando un nivel sin causa.

3.7.- OTRAS CUESTIONES:

La Ley contiene una serie de normas en sus Disposiciones adicionales segunda y tercera, referidas, en el primer supuesto a aquellas otras incluidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la Disposición adicional tercera²⁵ permite que la negociación colectiva del sector, a nivel estatal, realice (“*podrá*”) un adaptación de la actual regulación normativa del contrato de obra o servicio determinado para poder conseguir una mejora en la situación del empleo. Hemos de precisar que esta Disposición adicional tercera, la consideramos necesaria dada la reforma normativa introducida en el párrafo 5 de art. 15 ET a través de la Ley 43/2006 sobre encadenamiento de los contratos temporales, entre ellos los de obra o servicio determinado, que son los típicos

²⁵ Así establece que “*Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio de terminado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación.*”

del sector de la construcción, y que los limita a veinticuatro meses de duración en un periodo de treinta meses y en su párrafo segundo encomienda, a la negociación colectiva, establecer los requisitos necesarios para evitar una utilización excesiva. Lógicamente con la actual regulación contenida en el convenio estatal del sector²⁶ que prevé la duración del contrato de obra o servicio por un periodo de treinta y seis meses, si no existe esa adaptación, difícilmente podemos esperar el cumplimiento del precepto legal.

Por último, y tras cifrar la entrada en vigor en seis meses, es decir, hasta el 19 de abril de 2007, se establece una ficha en el anexo provisional hasta en tanto aparezca desarrollado reglamentariamente el libro de subcontratación.

²⁶ Resolución de 26 de julio de 2002, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio Colectivo General del sector de la Construcción 2002-2006, que en su artículo 28 para el contrato “*fijo de obra*” cuyo objeto es el contenido en el art. 15 1 a) ET, prevé que podrá trabajar en distintos centros de trabajo sucesivos durante un máximo de tres años, previendo que incluso puedan prolongarse más allá sin perder el carácter temporal, al contraponerlo, en el art. 28, al contrato “*fijo de plantilla*”.

“LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.”

Por María Angeles Burgos Giner. Profesora Titular EU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universitat Jaume I Castellón., y Vicente Sampedro Guillamón. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

1.-INTRODUCCIÓN:

La evolución de las relaciones laborales, y de la legislación que las regula, viene ajustándose a los cambios que en los sistemas económicos y productivos se vienen produciendo. Así tras la llamada crisis del petróleo, surgió el llamado, a su vez, derecho del Trabajo de la crisis y algunos de los principios que parecía inmutables van sufriendo fuertes golpes que llegan a desnaturalizarlos, por ejemplo al existir un “contrato temporal de fomento del empleo¹”, no causal. Aunque también es lo cierto que los gobiernos y las legislaciones han comprobado que se habían producido muchos abusos y han querido volver atrás, como lo sucedido en nuestro país en la reciente reforma laboral².

Sin embargo, hay algunos cambios que no van a desaparecer, y entre ellos se citaría a los fenómenos de la descentralización productiva o a la externalización de funciones, a través de las figuras de las contratatas y subcontratatas como medios para auxiliarse las empresas y así poder dar cumplimiento a los compromisos adquiridos. Ya que, como ha señalado la doctrina, al referirse a la descentralización productiva, debe de “contemplarse como una técnica de gestión”, sin olvidar que cuenta con un instrumento, que es la flexibilidad, ya que “la cuestión de fondo es la relativa a su utilización para

¹ Sería el caso, por ejemplo del RD 1989/1984, de 17 de octubre y todas las intervenciones normativas flexibilizando la contratación temporal. Ya que si recordamos, en la redacción dada art. 17.3 del E.T./1980 se contemplaba la habilitación dada al Gobierno para la adopción de medidas que facilitarían la colocación de trabajadores demandantes de empleo, y bajo esta cobertura legal aparece una modalidad contractual de carácter coyuntural: la contratación temporal de fomento del empleo, que fue muy utilizada hasta la reforma del ET en 1995, y que en la actualidad queda solamente vigente para los trabajadores con discapacidad de acuerdo con la Disposición Adicional primera de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo. Sobre la temporalidad como medida de fomento del empleo: vid. SEGURA, J, DURÁN, F, TOHARIA, L y BENTOLILA, S: “Análisis de la contratación temporal en España”, Madrid, 1991, MTSS, en especial pág .25. ELORDI DENTICI, A, DEL REY GUANTER, S, SERRANO MARTÍNEZ, J Y GALA DURÁN, C: “Trabajo, temporalidad y Empresas de Trabajo temporal en España”, Madrid 2001, Agett, en especial págs. 129 y sgs; sobre la evolución del empleo temporal entre 1976 y 2001.

² Nos referimos a la operada a través del RD Ley 5/2006 de 9 de junio y que se convirtió en la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo.

reducir costes y hacer posible un uso flexible de la mano de obra mediante la diversificación de las fuentes de aportación del volumen de mano de obra que la empresa precisa para su funcionamiento”³. En el primer caso, los trabajos son dados a las empresas fuera de la principal, por ejemplo los talleres en el sector de la confección, o incluso a países llamados del tercer mundo, y en el supuesto de la externalización de funciones, la empresa va desgajando las labores no directamente relacionadas con su trabajo central, y las va dejando en mano de terceras empresas que realizan sus trabajos en su propio centro de trabajo.

Puede parecer extraño, pero ahora se pretende que una empresa que fabrique azulejos, se dedique solamente a eso, pero es obvio que ahora el personal dedicado a limpieza, a mantenimiento, a seguridad no es de la propia empresa sino que es contratado a empresas terceras que prestarán allí sus servicios.

Incluso en un paso más, los propios trabajos centrales del proceso productivo, pueden ser cubiertos en caso de necesidades extraordinarias, por ejemplo aumentos de pedidos o bajas de varios trabajadores por enfermedad, bien por contratos de duración determinada contratados por la propia empresa o bien recurriendo a una empresa de trabajo temporal, en un fenómeno que hemos denominado siempre cesión de trabajadores, antes ilícito administrativo, incluso penal, pero que ahora sólo lo será en el caso de efectuarse fuera de una empresa de trabajo temporal, o de la regulación normativa de estas.

Si esta situación es general en la mayor parte de empresas, sea cual sea su tamaño y su sector, el tema se vuelve más preocupante cuando hablamos de las obras de construcción. En ellas confluyen siempre varias empresas que se corresponden con las distintas unidades de una obra, y a su vez estas contratistas vuelven a subcontratar parte de sus trabajos a unos subcontratistas o a trabajadores autónomos.

En principio, cualquier presencia de varias empresas en un mismo lugar de trabajo siempre entraña un riesgo añadido, podríamos decir que los riesgos de cada trabajo se van acumulando, y más aún si consideramos el sector de la construcción, en que ya no se acumulan sino que se multiplican y son una de las causas que producen la alta siniestralidad del sector.

³ Tal y como lo ha expresado RIVERO LAMAS, J : “*La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*” en AA.VV.: “*Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*” X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid 2000, MTSS, pag. 81.

Por ello, el legislador ha venido introduciendo reformas en el tema de las contratas y subcontratas, en general y en cualquier empresa, y en mayor detalle y con una dirección centrada en la prevención de riesgos laborales, en el sector de la construcción. A estas dos reformas normativas vamos a referirnos.

2.- REFORMAS EN LA NORMATIVA GENERAL:

El pasado mes de junio de 2006, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado, en concreto el del día 14, el Real Decreto- Ley 5/2006 de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo. Estamos ante una norma que, sin duda, constituye un punto importante de inflexión en la normativa laboral, ya que afronta el tema del empleo desde la órbita ya no de la mera cantidad, sino buscando una mejor calidad, buscando solucionar algunos problemas que se vienen detectando, entre ellos, el más importante el del encadenamiento de contratos.

El Real Decreto- Ley nace del acuerdo entre la CEOE, CEPYME, UGT y CC. OO. , dentro de los diversos ámbitos que se han ido promocionando para el Diálogo Social. Pues bien, esta norma ha sido ya transformada por nuestras Cortes Generales en Ley 43/2006 de 29 de diciembre, y en ella se contempla también como tema de interés el del fenómeno de la subcontratación, buscando como señala la propia Exposición de Motivos *“asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva sea compatible con la protección de los trabajadores especialmente cuando se trate de empresas principal, contratista y subcontratista que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo”*⁴, añadiendo además el interés por deslindar estos supuestos que pueden producir en algunos casos supuestos de cesión ilegal, para lo cual incluso se produce lo que se señala como definición de cesión ilegal de trabajadores, más bien una descripción, de supuestos, eso sí recordando que la cesión legal de trabajadores sólo puede realizarse por las empresas de trabajo temporal.

En el tema de contratas y subcontratas, pues, en la línea de lo ya actuado en anteriores reformas, el art.42 ET viene a incluir las siguientes novedades:

1.- En el apartado 4 del art. 42 ET, aparece un nuevo concepto⁵, cual es el de empresa que comparta de forma continuada un mismo centro de trabajo, un caso que

⁴ Párrafo séptimo, apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre.

⁵ Al establecer en el párrafo segundo que: *“Cuando la empresa principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá de disponer de un libro*

fácilmente se encuentra con temas como limpieza, seguridad, entre otros. En este supuesto se establece un libro de registro que reflejará toda la información a que se refiere el mismo artículo, en el mismo apartado, respecto a todas las empresas afectadas. Esta información deberá contener el nombre o razón social, domicilio y NIF de la empresa contratista o subcontratista, el objeto, lugar y duración de la contrata, el número de trabajadores ocupados y las medidas preventivas de coordinación de actividades a efectos de la prevención de riesgos. Coincidiendo esta información con la que debe informar a los representantes de los trabajadores, e insistiendo con que, estará dicho libro a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

2.- Se añade un nuevo apartado 6,⁶ que establece que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas podrán plantear cuestiones a los representantes de los trabajadores de la empresa principal, entendemos que se trata de la representación unitaria, es decir delegados de personal o comités de empresa, por referirlo a la representación legal cuando carece de ella.

Se exige para ello la concurrencia de dos requisitos, uno que carezcan de representación legal propia, y además que se trate de temas relacionados a las condiciones de ejecución del trabajo por ejemplo problemas de vestuarios, y no relativos sólo a su empresa, por ejemplo, retrasos en el pago de los salarios.

3.- Pero para el supuesto en que sí cuenten representación legal, se adiciona en el art. 42 ET un nuevo apartado 7, que permite que los representantes legales, si los hubiere, de las empresas contratistas y subcontratistas, y para el supuesto que compartieran centro de trabajo de forma continuada, puedan reunirse para coordinarse entre ellos, y todo ello en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley. Referencia esta última que sólo plantea en el texto legal, es decir en el art. 81 del ET⁷, el uso de locales y

de registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes de los trabajadores”.

⁶ “6. Los trabajadores de las empresas contratista y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación.

Lo dispuestos en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende”.

⁷ Que tras la reforma efectuada, se adicionaba a su anterior redacción: “La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden en la empresa”. Sin que olvidemos que mantiene la misma redacción respecto del derecho al local para desarrollar sus actividades condicionado a que “sus características lo permitan” como también el que: “Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo”.

tablón de anuncios, recordando que en este supuesto de contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo, se permite que podrán hacer uso de dichos locales, remitiéndose a lo que se acuerde con la empresa.

El texto no resuelve las dudas sobre esas reuniones entre los representantes legales, no parece que estemos hablando de ningún órgano creado para este supuesto, por lo que nos encontramos con un tema que será desarrollado en el seno de la propia empresa principal, y quizás habría que entender que igual que lo referido a locales, debería de haber, un acuerdo colectivo con la empresa, cuyo contenido contemplara temas como el aviso previo de la reuniones, el momento de efectuarlas ya bien dentro o fuera de la jornada, sin o con crédito horario específico pero dentro del uso legal del que ya tienen, es decir, temas todos que dependerán de la facultad de autoorganización de los representantes de los trabajadores. Que entendemos estarán en la línea de poder continuar efectuando sus funciones de representación, a través de las reuniones en los locales cedidos por la empresa principal, en donde indirectamente sobre éste empresario principal recae la obligación de “facilitar” los locales que serán los medios que permitirán la celebración de esas reuniones entre ambas representaciones o por separado.⁸ Y en todo caso, será la negociación colectiva la encargada de determinar tanto la capacidad como el ámbito de actuación de la representación, al establecerlo así el art.42.7 ET, ante la falta de claridad del precepto.

3.- LA LEY 32/2006, REGULADORA DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN:

Durante mucho tiempo, se ha venido detectando que en el fenómeno de la alta siniestralidad de la construcción influyen diversos factores, como la temporalidad y variabilidad de cualquier obra, los contratos en precario de muchos trabajadores, etc..., pero sin duda uno de los factores que se ha venido resaltando por su carácter principal en esa siniestralidad, es el del fenómeno de la proliferación de empresas en un centro de trabajo, que es una obra. Ello conlleva a que en muchas ocasiones, ese factor de presencias conjuntas produzca una auténtica multiplicación de los riesgos.

⁸ Vid: MONEREO PÉREZ, J. L.: “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, Aranzadi Social, número 19, año 2006, [BIB 2006\2067] que considera que del precepto se desprende un “llamamiento de Acuerdo colectivo de empresa que determine las condiciones de utilización compartida o uso conjunto de los locales para celebrar reuniones internas entre las distintas representaciones legales de las empresas implicadas en el proceso de subcontratación”.

Ante este tema, y sin olvidar que el fenómeno de la subcontratación obedece a características propias del sector, “*tradición*” le llama la Exposición de Motivos, y a las necesidades de los procesos de externalización productiva o de la especialización, tampoco se puede obviar la necesidad de controlar el proceso que puede llevar a abusos, ya que pueden proliferar empresas sin organización productiva, y a la larga, como dice también la propia Exposición de Motivos “*los indicados excesos de subcontratación pueden facilitar la aparición de prácticas incompatibles con la seguridad y salud en el trabajo*”.⁹

La Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción¹⁰, pretende resolver los graves problemas que, insistimos, vienen planteando el fenómeno de la subcontratación, recortando su uso, como luego veremos, hasta el tercer nivel, y además estableciendo una serie de cautelas:

- a) Exige determinadas condiciones, limitadas y muy rígidas, para que puedan efectuarse subcontrataciones a partir de ese tercer nivel.
- b) Las empresas que quieran trabajar como contratista o subcontratista vienen precisadas a ofrecer unas garantías en cuanto calidad, solvencia, y también en cuanto a que deberán acreditar la formación en prevención de sus trabajadores.
- c) Se establece la obligatoriedad de que dichas empresas tengan en su seno un empleo estable, estableciéndose un porcentaje de la plantilla con trabajadores indefinidos, que comienza en el diez por ciento de la plantilla para llegar a un treinta por ciento.
- d) Se establecen sistemas de control documental de los trabajos, permitiendo así una mayor transparencia en las obras de construcción, a través del Libro de Subcontratación, al que se tiene amplio acceso, como luego veremos.

3.1.- OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY:

La Ley tiene un claro objetivo, cual es el regular la subcontratación en el sector de la construcción, estableciendo en su art.2 cuáles son los trabajos de construcción que

⁹ Último punto del Párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Contratación. Y, como mantiene la doctrina, esta Ley “*trata de hacer frente al gravísimo problema de la siniestralidad laboral en el sector de la construcción*”, vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: “*La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo*”. Aranzadi Social núm. 19, año 2006 [BIB 2006\2067]

¹⁰ BOE de 19 de octubre.

se constituyen en objeto de Ley¹¹, estableciendo una descripción de los trabajos que se efectúan desde que se inicia una obra hasta su terminación, y los que se puedan efectuar en toda obra de construcción, ya sea pública o privada, de construcción o de ingeniería civil.

El artículo 3 contempla un amplio capítulo de definiciones, que no plantean novedades, aunque sí aclara, de acuerdo con la Jurisprudencia, el concepto de promotor¹², y el de contratista o empresario principal¹³, pudiendo coincidir o no ambas figuras.

Se define el concepto de subcontratista, como aquel que asume el compromiso de realizar parte o unidades de obra, bien con contrato con el contratista principal o con otro subcontratista, y que se sujetará al proyecto por el que se rige la ejecución de la obra. También aparece una clarificación en este sentido que llevaría a denominarse primer subcontratista al que tiene como comitente al contratista, el segundo el contratista de aquel y así sucesivamente¹⁴.

La Ley sí que aporta dos novedades importantes. Por un lado el trabajador autónomo¹⁵, que asume partes de obra o instalaciones, y lo puede efectuar de forma personal o individual, es decir por él mismo, o bien empleando trabajadores por cuenta ajena, y en este último caso tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los

¹¹ Así, conforme el párrafo segundo de dicho artículo, se relacionan los trabajos objeto de la ley y que serán los de: “Excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento.

¹² Así, conforme el Art. 3 b) tendrá la consideración de “Promotor: cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra”

¹³ Define, en el apartado e) del art. 3, al contratista o empresario principal como “la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato.” Pero aclarando, en el segundo párrafo de dicho artículo que “Cuando el promotor realice directamente con medios materiales y humanos propios la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrá también la consideración de contratista a los efectos de la presente Ley; asimismo, cuando la contrata se haga con una Unión Temporal de Empresas, que no ejecute directamente la obra, cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de la obra que ejecute.

¹⁴ Cuando, en el apartado f): “Subcontratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente.”

¹⁵ Al definirlo en el apartado g) como “la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplea en la obra trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la presente Ley”

efectos de la Ley, ocupando por lo tanto un nivel y evitando así el fraude que podría cometerse.

También es importante en este sentido que se definan tanto la subcontratación como el nivel, calificando al primera como *práctica mercantil de organización productiva* por la cual se encarga parte del trabajo por parte del contratista o subcontratista *a otro subcontratista o a un trabajador autónomo*¹⁶. Y el nivel será cada uno de los escalones en que se va desarrollando el trabajo¹⁷.

3.2-REQUISITOS DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS O SUBCONTRATISTAS:

El legislador establece, en el artículo 4 de la Ley, una serie de requisitos exigibles tanto a los contratistas, como a los subcontratistas, buscando evitar la existencia de falsas empresas, sin solvencia, sin medios que son además fuentes peligrosas de accidentes. En este sentido se establecen:

- a) Deben tratarse de empresas reales, con una organización productiva propia, lo que incluye los medios materiales y personales necesarios para poder realizar su actividad, asumiendo también lo que define el propio concepto de empresa, es decir, asumiendo los riesgos, responsabilidades y obligaciones que conlleva toda actividad empresarial. (Art. 4. 1 a) y b))
- b) Para evitar el fraude tanto respecto a empresas como a autónomos, se establece (Art. 4 1 c) que ambos deben ser los que organicen y dirijan sus trabajos y en el caso de los autónomos, que los sean realmente, aunque en ambos supuestos cabe el sometimiento a las órdenes generales de planificación y ejecución de la obra que le correspondería al contratista principal.
- c) Se establece (Art. 4.2 a)) la necesidad de que se disponga de personal con la formación necesaria en prevención de riesgos, y tanto para el personal directivo como para la mano de obra directa, y deberá tener uno de los modelos de organización de los previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
- d) Se crea un registro de Empresas acreditadas (Art. 6), que dependerá de la Autoridad de la Comunidad Autónoma, en donde se encuentre el domicilio social de la empresa, estableciendo un sistema de comunicación de todos los

¹⁶ Art. 3 h) Ley 32/2006 de 18 de octubre.

¹⁷ En el apartado i) del art. 3 al decir que será “*cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor*”.

registros y las formas de acceso, así como se establece que reglamentariamente se establecerá tanto la forma como los contenidos de dicho registro, y algo importante la inscripción tendrá validez para todo el territorio nacional. Se pretende con este registro dotar de un mayor rigor y transparencia para los contratantes a la hora de efectuar las contrataciones y subcontrataciones. Para ello las empresas acreditarán cumplir los requisitos que hemos venido reseñando en los puntos anteriores, mediante el sistema de efectuar una declaración documental, de que cumplen los requisitos (Art. 4.3), algo que se concretará también en cuanto a forma y contenido en el desarrollo reglamentario.

- e) La novedad más importante de la Ley, sin embargo, se encuentra en el tema del empleo en estas empresas¹⁸, ya que aquellas que se contraten “*habitualmente*” en trabajos de obras de construcción, se ven obligadas a tener una parte de la plantilla con trabajadores que tengan un contrato indefinido, porcentaje que se inicia con un diez por ciento desde la fecha de entrada en vigor de la Ley y durante los primeros dieciocho meses de su vigencia, continúa con un veinte por ciento en el periodo del mes decimonoveno al trigésimo sexto para llegar a ser del treinta por ciento a partir del mes trigésimo séptimo inclusive, aunque se advierte que la forma de efectuar el cómputo vendrá determinado de forma reglamentaria y no podemos saber si también se establecerá algún criterio para definir el concepto de *habitualidad*, aunque en este caso entendemos bastará con analizar el volumen de actividad económica de la empresa y ver qué parte es la dedicada a las obras de construcción.

3.3. -RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 5 de la Ley constituye, sin duda, el punto central de la reforma operada. La norma parte de un principio que se recalca, cual es que la subcontratación es un fenómeno existente en el sistema productivo de las empresas, y constituye una forma de organización productiva que como tal es legítimo, y que por lo tanto no puede ser limitado.

¹⁸ Tal y como se establece en el apartado 4 del Art. 4: “*Las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados de carácter indefinido que no será inferior al 10 por ciento durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20 por ciento durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30 por ciento a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive*”.

Sin embargo, la realidad de lo observado en numerosas obras en las que se detectan graves abusos, y su relación directa y constatada con la siniestralidad, llevan a que el legislador señale que no puede ser limitada, “*salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta ley*”. Es decir, se va a controlar el uso de la subcontratación en virtud de las razones a que antes hemos hecho referencia.

Así pues, se establece un régimen general que lo que hace es limitar hasta el tercer nivel la posibilidad de efectuar subcontrataciones, y ello se concreta desde el momento y punto inicial. El promotor será el que podrá contratar directamente con los contratistas que estime oportuno, siendo indiferente que se trate de personas físicas o jurídicas (Art. 5.2 a)).

El contratista principal, o el promotor si asumiera tales funciones, podrá dar a contratar la ejecución de los trabajos que hubiera contratado con el promotor, y lo podrá hacer tanto con empresas contratistas, como con trabajadores autónomos (Art. 5.2 b)), figura que aparece en la ley¹⁹, dada la relevancia e importancia que puede tener.

Y aquí surge la novedad (Art. 5.2 c)) pues sólo se va a permitir la subcontratación sucesiva a los que lo realicen estando en el primer o en el segundo nivel, de acuerdo con el concepto del artículo 3º a que antes hacíamos referencia, es decir, a los escalones en que se estructura el sistema de subcontratación para desarrollar el total o parte de la obra que asume el contratista en virtud del contrato que tiene con el promotor. Así, el tercer subcontratista no podría ya subcontratar aquellos trabajos que venga realizando en virtud de su contrato, ni con otras empresas subcontratistas ni con trabajadores autónomos. Se produce pues aquí el fin de la subcontratación, el límite real al exceso de empresas en las obras.

Esta regla general del tercer nivel tiene, sin embargo, dos limitaciones y unas posibilidades de excepción. En el primer caso, se trata de una prohibición general de subcontratar a aquellas empresas que sólo colaboran en la obra aportando mano de obra, es decir trabajadores cuyo único trabajo se realice con herramientas manuales, o motorizadas portátiles, y que los otros equipos de trabajo sean de otras empresas de la obra. Pensemos en una empresa de albañilería, que sólo aporta albañiles con sus herramientas manuales, o con sierras de disco propias, pero que obviamente usará los

¹⁹ Vid: MARTÍNEZ BARROSO, M. R :“ *La existencia del deber de vigilancia empresarial en las contrataciones a los trabajadores autónomos, tras la entrada en vigor de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*”. Aranzadi Social, núm. 18, año 2006 [BIB 2006\1992]

materiales de la hormigonera de la obra o los medios para subirlos a las plantas, por ejemplo, montacargas del contratista principal.

Parece claro que en este supuesto no puede haber ninguna razón para subcontratar, salvo para realizar abusos, como sería el crear unidades falsas de obra, como serían albañilería de interior o exterior, distinguiendo tipos de paredes, etc. y que lo que deberá hacerse será contratar la propia empresa más trabajadores si hay mayor cantidad de trabajo, no pudiendo recurrir a otra subcontratación.

Tampoco se permite (Art. 5,2 e)) la subcontratación y con carácter general, cuando se trate de trabajadores autónomos, que por lo tanto no podrá subcontratar los trabajos a ellos encomendados, ni con otros trabajadores autónomos ni con empresas subcontratistas.

El legislador, sin embargo, establece una posibilidad de extender el tercer nivel²⁰ a que antes hemos hecho referencia, pero es una posibilidad excepcional, y como tal restrictiva, y que sólo puede obedecer a cuatro causas:

- a) casos fortuitos
- b) exigencias de especialización
- c) complicaciones técnicas
- d) fuerza mayor

Si descendemos al detalle, es obvio que en un derribo puede surgir la aparición de materiales, o riesgos imprevistos, en una excavación pueden aparecer dificultades añadidas en los trabajos por las características del terreno, o unas fuertes lluvias pueden exigir que tengamos que contratar empresas con medios especializados para el rápido secado y extracción de agua, es decir, en todos estos casos habría una justificación obvia para la aparición de un nivel adicional.

Ahora bien, para ello se requiere que la dirección facultativa de la obra lo justifique y lo apruebe, señalando la causa o causas que den lugar a dicha situación excepcional, lo anotará en el Libro de Subcontratación, y además de que dicho Libro

²⁰ Al establecer en el primer párrafo del apartado 3 del art. 5: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando en casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra, fuera necesario, a juicio de la dirección facultativa, la contratación de alguna parte de la obra con terceros, excepcionalmente se podrá extender la subcontratación establecida en el apartado anterior en un nivel adicional, siempre que se haga constar por la dirección facultativa su aprobación previa y al causa o causas motivadoras de la misma en el Libro de Subcontratación al que se refiere el artículo 7 de esta Ley”. Y añadiendo en el segundo párrafo la excepción ante la concurrencia de fuerza mayor al decir que “No se aplicará la ampliación excepcional de la subcontratación prevista en el párrafo anterior en los supuestos contemplados en las letras e) y f) del apartado anterior, salvo que la circunstancia motivadora se la de fuerza mayor”

esté a disposición de todos los implicados en la obra a los que luego haremos referencia, se señala expresamente que se pondrá en conocimiento tanto del coordinador de seguridad y salud, como de todos los representantes de los trabajadores de las empresas que se encuentren en el ámbito de aplicación de sus trabajos, porque pueden verse afectadas, y además en el plazo de los cinco días hábiles siguientes, lo pondrá en conocimiento de la Autoridad Laboral, en tal caso además de la anotación en el Libro se habla de un informe expreso de la dirección facultativa señalando las causas de su necesidad, algo que puede aparecer como reiterativo a lo ya contenido en el Libro o que puede ser ampliatorio de aquel, y en todo caso lo lógico es que tal informe lo tramita la Autoridad Laboral tanto a sus propios servicios técnicos, como en especial a la Inspección de Trabajo.

Nos encontramos pues ante unos supuestos excepcionales, que el legislador ha procurado rodear de todas las garantías necesarias para que sean realmente excepcionales, obedezcan a unas razones tasadas y justificadas y controlables par evitar que sean un mal uso de la ley.

Este nivel adicional, sin embargo, no podrá realizarse nunca ni por trabajadores autónomos, ni tampoco por aquellas empresas a que antes hacíamos referencia como de fundamentalmente aportación de mano de obra.

3.4. -REGISTRO DE EMPRESAS ACREDITADAS:

Como una garantía adicional, y en línea con lo sucedido en otras legislaciones, se va a crear el Registro de Empresas (art. 6). Este Registro tendrá carácter autonómico, y por lo tanto, la inscripción deberá hacerse por cada empresa en la Comunidad en la que aquella tenga el domicilio social, aunque la inscripción lógicamente tendrá luego carácter nacional, y aquí se señala que será un registro de datos de acceso público, obviamente como dice el legislador salvaguardando el respeto a los datos que afectan al derecho a la intimidad.

Habrá, sin embargo que esperar al desarrollo reglamentario que deberá determinar capítulos y temas tan importantes, como cuál será el contenido de los datos a aportar al Registro, la forma de la inscripción, y los efectos, pero sobre todo la necesidad de un sistema que permita la coordinación de todos los registros.

3.5.- EL LIBRO DE SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 8 de la Ley plantea el Libro de Subcontratación, en la línea del Libro Registro que también establece en la reforma que se opera en el art. 42 E.T²¹..

Este libro es el principal documento que permitirá durante la realización de una obra, el poder conocer y controlar el cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la misma, y así se indica, en primer lugar, que deberá permanecer en todo momento en la obra, y que reflejará, siempre en orden cronológico, todas las subcontrataciones realizadas, detallando todas las operaciones que deben incluirse en las anotaciones,, con identificaciones tanto de las empresas, como de las personas responsables, así como que deberá señalarse el nivel que corresponde a cada subcontratación, y las acreditaciones de las obligaciones en materia de prevención de riesgos.

Este es un Libro al que tendrán acceso desde el coordinador, las empresas implicadas, y por supuesto la Autoridad Laboral, los técnicos de prevención, los delegados de prevención y los representantes de los trabajadores en todas las empresas que intervengan en la obra. Este libro se determina que reglamentariamente se establecerán sus condiciones, y sus contenidos.

Asimismo, se produce una importante novedad, dado que el texto de la Ley contempla la previsión de que se va a revisar toda la documentación existente ahora en la empresa, buscando con ello el conseguir una unificación y simplificación de dicha documentación.

En este sentido, es importante el art.10 que plantea la documentación que acredite la formación preventiva de los trabajadores, aunque es un artículo que puede quedar muy inconcreto, ya que en primer lugar vuelve a recordar la obligación general de las empresas de velar porque los trabajadores tengan la formación necesaria y adecuada en el tema de prevención, así como se remite a la posibilidad de que la negociación colectiva “*pueda*” establecer aquellos programas de formación que puedan ser individualizados por puestos de trabajo, pero quizás hubiera sido de desear el “*deba*” en lugar del “*pueda*” haciendo tal cláusula contenido obligatorio del convenio en un sector tan peligroso como este.

²¹ Vid: SEMPERE NAVARRO, A. V.: “*Los fenómenos interempresariales y el nuevo Libro registro tras el Real Decreto Ley 5/2006: un esquema*”. Aranzadi Social, números 7-8 año 2006 [BIB 2006/926]

También se plantea el tema del documento acreditativo de la formación preventiva específica que haya recibido cada trabajador, abriendo una doble posibilidad, que esta regulación la efectúe la propia negociación colectiva del sector, o bien se haga reglamentariamente.

Este documento, sin embargo, ofrece fuertes dosis de voluntarismo a la hora de definirlo, porque su diseño, ejecución y expedición puede, es decir es una posibilidad, realizarse a través de los órganos paritarios de los convenios sectoriales estatales, en colaboración con la Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Si unimos esta redacción posibilista con el párrafo anterior, que habla de una doble vía, podríamos habernos encontrado con el retraso en la regulación de un tema que pensamos es necesario sea tratado de forma más urgente, aunque parece, según algunas fuentes²², puede estar cercana su aprobación en el seno de la Fundación Laboral de la Construcción. Se tratará de un documento con validez para cinco años y que al renovarse se debería volver a acreditar la formación.

Por último, en el texto legal habían surgido dudas respecto a la titularidad de los bienes utilizados por las empresas, y en concreto sobre el título que debían tener las empresas sobre tales bienes, dado que en el artículo cuatro y al hablar de los requisitos exigibles a las empresas, tanto contratistas como subcontratistas, se refiere a que deben tener una organización productiva propia, que justifique y establece de forma clara su realidad como tal empresa evitando existan empresas creadas artificialmente por otras para diluir responsabilidades, y que carezcan de cualquier elemento de aquellos que la jurisprudencia ha considerado deben existir para que exista tal realidad empresarial.

Es claro que el artículo octavo habla de posesión de la maquinaria, que lo puede ser por ejemplo por alquiler, pensemos en los grandes equipos de trabajo, de muy alto coste o muy especializados, por lo tanto no debe entenderse exista contradicción entre ambos planteamientos. Por un lado deben disponer de una auténtica empresa, pero a su vez esta puede utilizar equipos que obviamente puede recabar de otras empresas.

3.6. -INFRACCIONES Y SANCIONES:

La Ley contiene una amplia reforma de la normativa en materia de infracciones y sanciones en el orden social²³ (LISOS). Así en primer lugar en las

²² Gaceta Prevención (Lex Nova) Año III, núm. 55, de 19 de marzo de 2007.

²³ Nos referimos al RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

infracciones en materia laboral, en concreto, y como infracción muy grave, se define en el artículo 8²⁴ el incumplimiento de la obligación de fijeza en la plantilla establecida en esta Ley, y que se concretará en un posterior desarrollo reglamentario.

Pero es en materia de prevención de riesgos en donde se producen las mayores novedades. Así en el art. 11 LISOS, se establecen dos nuevas infracciones de carácter leve, cuales son el “*no disponer en la obra de construcción del Libro de Subcontratación*” (art. 11.6 LISOS), y “*no disponer el contratista o subcontratista de la documentación o título*” que le permita acreditar estar en posesión de la maquinaria que utiliza (art. 11.7 LISOS).

Son pues obligaciones de carácter formal o documental que se consideran leves, aunque maticemos que en el primer supuesto será el no disponer del Libro en la obra, en el momento de la visita, pero luego será grave el no llevarlo en orden al día, con lo cual presupone que será también el no tenerlo en absoluto, porque en caso contrario sería una contradicción.

Como infracciones graves, en materia de prevención de riesgos, se detallan tres nuevos apartados en el art.12 LISOS, en concreto el punto 27 se refiere a las obligaciones del *subcontratista*, en concreto sancionan, en el apartado a), los incumplimientos *del deber de acreditar* que se dispone de los recursos humanos, que se tiene un sistema de organización de la prevención adecuado y que se encuentra inscrita en el Registro de Empresas. Por otro lado se sanciona, en el apartado b), el incumplimiento *de la obligación de comunicar los datos* necesarios para que pueda ser cumplimentado correctamente el Libro de Subcontratación, y por último, en el apartado c), superar los niveles permitidos de subcontratación o permitirla en los ámbitos excluidos de ejecución de subcontrataciones.

El punto 28, del artículo 12, se refiere a las obligaciones del *contratista*, repitiendo las que contemplan *supuestos no previstos*, o de *acreditar los medios* de que disponen, y, como hemos significado antes, el *no llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación* y como infracción particular y concreta del contratista *la vulneración de los derechos de información sobre las contratas y subcontratas* que se realicen, y que debe facilitar a los representantes de los trabajadores.

²⁴ Así se introduce en la Disposición adicional primera de la Ley, con el siguiente texto: “16. El incumplimiento de la normativa sobre limitación de la proporción mínima de trabajadores contratados con carácter indefinido contenida en la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y en su reglamento de aplicación”

Por último, el punto 29 contiene una sanción específica del *promotor*, ya que lo será el certificar, *sin que concurran las causas*, por parte de la dirección facultativa que se da un supuesto de *ampliación* de niveles de subcontratación.

La reforma del art. 13 LISOS contiene las mismas infracciones referidas en el ámbito del *subcontratista*, *al deber de acreditación* de los recursos (apartado 15 a), a utilización indebida de la *subcontratación* en supuestos *no permitidos* (apartado 15 b), incluyendo el supuesto de que se faciliten *datos falsos al contratista o al subcontratista* (apartado 15 c) para el que trabaje, incumpliendo los requisitos legales. En los dos primeros casos, será muy grave cuando se trate de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y la salud de los trabajadores en el sector de la construcción, contenidos en el anexo II del RD 1627/1997.

En relación con los *contratistas* (apartado 16), también se considerarán muy graves en el caso de dichos trabajos con *riesgos especiales* (apartado 16 a)), los incumplimientos en relación con *el deber de acreditar* (apartado 16 b)) de sus medios o realizar supuestos prohibidos superando los niveles permitidos (apartado 16 c)).

Y por último, en el apartado 17, y para el caso de *trabajos con riesgos especiales*, y tratándose de *promotores*, se considerará muy grave la actuación de la dirección facultativa ampliando un nivel sin causa.

3.7.- OTRAS CUESTIONES:

La Ley contiene una serie de normas en sus Disposiciones adicionales segunda y tercera, referidas, en el primer supuesto a aquellas otras incluidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la Disposición adicional tercera²⁵ permite que la negociación colectiva del sector, a nivel estatal, realice (“*podrá*”) un adaptación de la actual regulación normativa del contrato de obra o servicio determinado para poder conseguir una mejora en la situación del empleo. Hemos de precisar que esta Disposición adicional tercera, la consideramos necesaria dada la reforma normativa introducida en el párrafo 5 de art. 15 ET a través de la Ley 43/2006 sobre encadenamiento de los contratos temporales, entre ellos los de obra o servicio determinado, que son los típicos

²⁵ Así establece que “*Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio de terminado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación.*”

del sector de la construcción, y que los limita a veinticuatro meses de duración en un periodo de treinta meses y en su párrafo segundo encomienda, a la negociación colectiva, establecer los requisitos necesarios para evitar una utilización excesiva. Lógicamente con la actual regulación contenida en el convenio estatal del sector²⁶ que prevé la duración del contrato de obra o servicio por un periodo de treinta y seis meses, si no existe esa adaptación, difícilmente podemos esperar el cumplimiento del precepto legal.

Por último, y tras cifrar la entrada en vigor en seis meses, es decir, hasta el 19 de abril de 2007, se establece una ficha en el anexo provisional hasta en tanto aparezca desarrollado reglamentariamente el libro de subcontratación.

²⁶ Resolución de 26 de julio de 2002, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio Colectivo General del sector de la Construcción 2002-2006, que en su artículo 28 para el contrato “*fijo de obra*” cuyo objeto es el contenido en el art. 15 1 a) ET, prevé que podrá trabajar en distintos centros de trabajo sucesivos durante un máximo de tres años, previendo que incluso puedan prolongarse más allá sin perder el carácter temporal, al contraponerlo, en el art. 28, al contrato “*fijo de plantilla*”.

“LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.”

Por María Angeles Burgos Giner. Profesora Titular EU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universitat Jaume I Castellón., y Vicente Sampedro Guillamón. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

1.-INTRODUCCIÓN:

La evolución de las relaciones laborales, y de la legislación que las regula, viene ajustándose a los cambios que en los sistemas económicos y productivos se vienen produciendo. Así tras la llamada crisis del petróleo, surgió el llamado, a su vez, derecho del Trabajo de la crisis y algunos de los principios que parecía inmutables van sufriendo fuertes golpes que llegan a desnaturalizarlos, por ejemplo al existir un “contrato temporal de fomento del empleo¹”, no causal. Aunque también es lo cierto que los gobiernos y las legislaciones han comprobado que se habían producido muchos abusos y han querido volver atrás, como lo sucedido en nuestro país en la reciente reforma laboral².

Sin embargo, hay algunos cambios que no van a desaparecer, y entre ellos se citaría a los fenómenos de la descentralización productiva o a la externalización de funciones, a través de las figuras de las contratatas y subcontratatas como medios para auxiliarse las empresas y así poder dar cumplimiento a los compromisos adquiridos. Ya que, como ha señalado la doctrina, al referirse a la descentralización productiva, debe de “contemplarse como una técnica de gestión”, sin olvidar que cuenta con un instrumento, que es la flexibilidad, ya que “la cuestión de fondo es la relativa a su utilización para

¹ Sería el caso, por ejemplo del RD 1989/1984, de 17 de octubre y todas las intervenciones normativas flexibilizando la contratación temporal. Ya que si recordamos, en la redacción dada art. 17.3 del E.T./1980 se contemplaba la habilitación dada al Gobierno para la adopción de medidas que facilitarían la colocación de trabajadores demandantes de empleo, y bajo esta cobertura legal aparece una modalidad contractual de carácter coyuntural: la contratación temporal de fomento del empleo, que fue muy utilizada hasta la reforma del ET en 1995, y que en la actualidad queda solamente vigente para los trabajadores con discapacidad de acuerdo con la Disposición Adicional primera de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo. Sobre la temporalidad como medida de fomento del empleo: vid. SEGURA, J, DURÁN, F, TOHARIA, L y BENTOLILA, S: “Análisis de la contratación temporal en España”, Madrid, 1991, MTSS, en especial pág .25. ELORDI DENTICI, A, DEL REY GUANTER, S, SERRANO MARTÍNEZ, J Y GALA DURÁN, C: “Trabajo, temporalidad y Empresas de Trabajo temporal en España”, Madrid 2001, Agett, en especial págs. 129 y sgs; sobre la evolución del empleo temporal entre 1976 y 2001.

² Nos referimos a la operada a través del RD Ley 5/2006 de 9 de junio y que se convirtió en la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo.

reducir costes y hacer posible un uso flexible de la mano de obra mediante la diversificación de las fuentes de aportación del volumen de mano de obra que la empresa precisa para su funcionamiento”³. En el primer caso, los trabajos son dados a las empresas fuera de la principal, por ejemplo los talleres en el sector de la confección, o incluso a países llamados del tercer mundo, y en el supuesto de la externalización de funciones, la empresa va desgajando las labores no directamente relacionadas con su trabajo central, y las va dejando en mano de terceras empresas que realizan sus trabajos en su propio centro de trabajo.

Puede parecer extraño, pero ahora se pretende que una empresa que fabrique azulejos, se dedique solamente a eso, pero es obvio que ahora el personal dedicado a limpieza, a mantenimiento, a seguridad no es de la propia empresa sino que es contratado a empresas terceras que prestarán allí sus servicios.

Incluso en un paso más, los propios trabajos centrales del proceso productivo, pueden ser cubiertos en caso de necesidades extraordinarias, por ejemplo aumentos de pedidos o bajas de varios trabajadores por enfermedad, bien por contratos de duración determinada contratados por la propia empresa o bien recurriendo a una empresa de trabajo temporal, en un fenómeno que hemos denominado siempre cesión de trabajadores, antes ilícito administrativo, incluso penal, pero que ahora sólo lo será en el caso de efectuarse fuera de una empresa de trabajo temporal, o de la regulación normativa de estas.

Si esta situación es general en la mayor parte de empresas, sea cual sea su tamaño y su sector, el tema se vuelve más preocupante cuando hablamos de las obras de construcción. En ellas confluyen siempre varias empresas que se corresponden con las distintas unidades de una obra, y a su vez estas contratistas vuelven a subcontratar parte de sus trabajos a unos subcontratistas o a trabajadores autónomos.

En principio, cualquier presencia de varias empresas en un mismo lugar de trabajo siempre entraña un riesgo añadido, podríamos decir que los riesgos de cada trabajo se van acumulando, y más aún si consideramos el sector de la construcción, en que ya no se acumulan sino que se multiplican y son una de las causas que producen la alta siniestralidad del sector.

³ Tal y como lo ha expresado RIVERO LAMAS, J : “*La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*” en AA.VV.: “*Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*” X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid 2000, MTSS, pag. 81.

Por ello, el legislador ha venido introduciendo reformas en el tema de las contratas y subcontratas, en general y en cualquier empresa, y en mayor detalle y con una dirección centrada en la prevención de riesgos laborales, en el sector de la construcción. A estas dos reformas normativas vamos a referirnos.

2.- REFORMAS EN LA NORMATIVA GENERAL:

El pasado mes de junio de 2006, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado, en concreto el del día 14, el Real Decreto- Ley 5/2006 de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo. Estamos ante una norma que, sin duda, constituye un punto importante de inflexión en la normativa laboral, ya que afronta el tema del empleo desde la órbita ya no de la mera cantidad, sino buscando una mejor calidad, buscando solucionar algunos problemas que se vienen detectando, entre ellos, el más importante el del encadenamiento de contratos.

El Real Decreto- Ley nace del acuerdo entre la CEOE, CEPYME, UGT y CC. OO. , dentro de los diversos ámbitos que se han ido promocionando para el Diálogo Social. Pues bien, esta norma ha sido ya transformada por nuestras Cortes Generales en Ley 43/2006 de 29 de diciembre, y en ella se contempla también como tema de interés el del fenómeno de la subcontratación, buscando como señala la propia Exposición de Motivos *“asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva sea compatible con la protección de los trabajadores especialmente cuando se trate de empresas principal, contratista y subcontratista que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo”*⁴, añadiendo además el interés por deslindar estos supuestos que pueden producir en algunos casos supuestos de cesión ilegal, para lo cual incluso se produce lo que se señala como definición de cesión ilegal de trabajadores, más bien una descripción, de supuestos, eso sí recordando que la cesión legal de trabajadores sólo puede realizarse por las empresas de trabajo temporal.

En el tema de contratas y subcontratas, pues, en la línea de lo ya actuado en anteriores reformas, el art.42 ET viene a incluir las siguientes novedades:

1.- En el apartado 4 del art. 42 ET, aparece un nuevo concepto⁵, cual es el de empresa que comparta de forma continuada un mismo centro de trabajo, un caso que

⁴ Párrafo séptimo, apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre.

⁵ Al establecer en el párrafo segundo que: *“Cuando la empresa principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá de disponer de un libro*

fácilmente se encuentra con temas como limpieza, seguridad, entre otros. En este supuesto se establece un libro de registro que reflejará toda la información a que se refiere el mismo artículo, en el mismo apartado, respecto a todas las empresas afectadas. Esta información deberá contener el nombre o razón social, domicilio y NIF de la empresa contratista o subcontratista, el objeto, lugar y duración de la contrata, el número de trabajadores ocupados y las medidas preventivas de coordinación de actividades a efectos de la prevención de riesgos. Coincidiendo esta información con la que debe informar a los representantes de los trabajadores, e insistiendo con que, estará dicho libro a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

2.- Se añade un nuevo apartado 6,⁶ que establece que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas podrán plantear cuestiones a los representantes de los trabajadores de la empresa principal, entendemos que se trata de la representación unitaria, es decir delegados de personal o comités de empresa, por referirlo a la representación legal cuando carece de ella.

Se exige para ello la concurrencia de dos requisitos, uno que carezcan de representación legal propia, y además que se trate de temas relacionados a las condiciones de ejecución del trabajo por ejemplo problemas de vestuarios, y no relativos sólo a su empresa, por ejemplo, retrasos en el pago de los salarios.

3.- Pero para el supuesto en que sí cuenten representación legal, se adiciona en el art. 42 ET un nuevo apartado 7, que permite que los representantes legales, si los hubiere, de las empresas contratistas y subcontratistas, y para el supuesto que compartieran centro de trabajo de forma continuada, puedan reunirse para coordinarse entre ellos, y todo ello en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley. Referencia esta última que sólo plantea en el texto legal, es decir en el art. 81 del ET⁷, el uso de locales y

de registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes de los trabajadores”.

⁶ “6. Los trabajadores de las empresas contratista y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación.

Lo dispuestos en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende”.

⁷ Que tras la reforma efectuada, se adicionaba a su anterior redacción: “La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden en la empresa”. Sin que olvidemos que mantiene la misma redacción respecto del derecho al local para desarrollar sus actividades condicionado a que “sus características lo permitan” como también el que: “Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo”.

tablón de anuncios, recordando que en este supuesto de contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo, se permite que podrán hacer uso de dichos locales, remitiéndose a lo que se acuerde con la empresa.

El texto no resuelve las dudas sobre esas reuniones entre los representantes legales, no parece que estemos hablando de ningún órgano creado para este supuesto, por lo que nos encontramos con un tema que será desarrollado en el seno de la propia empresa principal, y quizás habría que entender que igual que lo referido a locales, debería de haber, un acuerdo colectivo con la empresa, cuyo contenido contemplara temas como el aviso previo de la reuniones, el momento de efectuarlas ya bien dentro o fuera de la jornada, sin o con crédito horario específico pero dentro del uso legal del que ya tienen, es decir, temas todos que dependerán de la facultad de autoorganización de los representantes de los trabajadores. Que entendemos estarán en la línea de poder continuar efectuando sus funciones de representación, a través de las reuniones en los locales cedidos por la empresa principal, en donde indirectamente sobre éste empresario principal recae la obligación de “facilitar” los locales que serán los medios que permitirán la celebración de esas reuniones entre ambas representaciones o por separado.⁸ Y en todo caso, será la negociación colectiva la encargada de determinar tanto la capacidad como el ámbito de actuación de la representación, al establecerlo así el art.42.7 ET, ante la falta de claridad del precepto.

3.- LA LEY 32/2006, REGULADORA DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN:

Durante mucho tiempo, se ha venido detectando que en el fenómeno de la alta siniestralidad de la construcción influyen diversos factores, como la temporalidad y variabilidad de cualquier obra, los contratos en precario de muchos trabajadores, etc..., pero sin duda uno de los factores que se ha venido resaltando por su carácter principal en esa siniestralidad, es el del fenómeno de la proliferación de empresas en un centro de trabajo, que es una obra. Ello conlleva a que en muchas ocasiones, ese factor de presencias conjuntas produzca una auténtica multiplicación de los riesgos.

⁸ Vid: MONEREO PÉREZ, J. L.: “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, Aranzadi Social, número 19, año 2006, [BIB 2006\2067] que considera que del precepto se desprende un “llamamiento de Acuerdo colectivo de empresa que determine las condiciones de utilización compartida o uso conjunto de los locales para celebrar reuniones internas entre las distintas representaciones legales de las empresas implicadas en el proceso de subcontratación”.

Ante este tema, y sin olvidar que el fenómeno de la subcontratación obedece a características propias del sector, “*tradición*” le llama la Exposición de Motivos, y a las necesidades de los procesos de externalización productiva o de la especialización, tampoco se puede obviar la necesidad de controlar el proceso que puede llevar a abusos, ya que pueden proliferar empresas sin organización productiva, y a la larga, como dice también la propia Exposición de Motivos “*los indicados excesos de subcontratación pueden facilitar la aparición de prácticas incompatibles con la seguridad y salud en el trabajo*”.⁹

La Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción¹⁰, pretende resolver los graves problemas que, insistimos, vienen planteando el fenómeno de la subcontratación, recortando su uso, como luego veremos, hasta el tercer nivel, y además estableciendo una serie de cautelas:

- a) Exige determinadas condiciones, limitadas y muy rígidas, para que puedan efectuarse subcontrataciones a partir de ese tercer nivel.
- b) Las empresas que quieran trabajar como contratista o subcontratista vienen precisadas a ofrecer unas garantías en cuanto calidad, solvencia, y también en cuanto a que deberán acreditar la formación en prevención de sus trabajadores.
- c) Se establece la obligatoriedad de que dichas empresas tengan en su seno un empleo estable, estableciéndose un porcentaje de la plantilla con trabajadores indefinidos, que comienza en el diez por ciento de la plantilla para llegar a un treinta por ciento.
- d) Se establecen sistemas de control documental de los trabajos, permitiendo así una mayor transparencia en las obras de construcción, a través del Libro de Subcontratación, al que se tiene amplio acceso, como luego veremos.

3.1.- OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY:

La Ley tiene un claro objetivo, cual es el regular la subcontratación en el sector de la construcción, estableciendo en su art.2 cuáles son los trabajos de construcción que

⁹ Último punto del Párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Contratación. Y, como mantiene la doctrina, esta Ley “*trata de hacer frente al gravísimo problema de la siniestralidad laboral en el sector de la construcción*”, vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: “*La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo*”. Aranzadi Social núm. 19, año 2006 [BIB 2006\2067]

¹⁰ BOE de 19 de octubre.

se constituyen en objeto de Ley¹¹, estableciendo una descripción de los trabajos que se efectúan desde que se inicia una obra hasta su terminación, y los que se puedan efectuar en toda obra de construcción, ya sea pública o privada, de construcción o de ingeniería civil.

El artículo 3 contempla un amplio capítulo de definiciones, que no plantean novedades, aunque sí aclara, de acuerdo con la Jurisprudencia, el concepto de promotor¹², y el de contratista o empresario principal¹³, pudiendo coincidir o no ambas figuras.

Se define el concepto de subcontratista, como aquel que asume el compromiso de realizar parte o unidades de obra, bien con contrato con el contratista principal o con otro subcontratista, y que se sujetará al proyecto por el que se rige la ejecución de la obra. También aparece una clarificación en este sentido que llevaría a denominarse primer subcontratista al que tiene como comitente al contratista, el segundo el contratista de aquel y así sucesivamente¹⁴.

La Ley sí que aporta dos novedades importantes. Por un lado el trabajador autónomo¹⁵, que asume partes de obra o instalaciones, y lo puede efectuar de forma personal o individual, es decir por él mismo, o bien empleando trabajadores por cuenta ajena, y en este último caso tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los

¹¹ Así, conforme el párrafo segundo de dicho artículo, se relacionan los trabajos objeto de la ley y que serán los de: “Excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento.

¹² Así, conforme el Art. 3 b) tendrá la consideración de “Promotor: cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra”

¹³ Define, en el apartado e) del art. 3, al contratista o empresario principal como “la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato.” Pero aclarando, en el segundo párrafo de dicho artículo que “Cuando el promotor realice directamente con medios materiales y humanos propios la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrá también la consideración de contratista a los efectos de la presente Ley; asimismo, cuando la contrata se haga con una Unión Temporal de Empresas, que no ejecute directamente la obra, cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de la obra que ejecute.

¹⁴ Cuando, en el apartado f): “Subcontratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente.”

¹⁵ Al definirlo en el apartado g) como “la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplea en la obra trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la presente Ley”

efectos de la Ley, ocupando por lo tanto un nivel y evitando así el fraude que podría cometerse.

También es importante en este sentido que se definan tanto la subcontratación como el nivel, calificando al primera como *práctica mercantil de organización productiva* por la cual se encarga parte del trabajo por parte del contratista o subcontratista *a otro subcontratista o a un trabajador autónomo*¹⁶. Y el nivel será cada uno de los escalones en que se va desarrollando el trabajo¹⁷.

3.2-REQUISITOS DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS O SUBCONTRATISTAS:

El legislador establece, en el artículo 4 de la Ley, una serie de requisitos exigibles tanto a los contratistas, como a los subcontratistas, buscando evitar la existencia de falsas empresas, sin solvencia, sin medios que son además fuentes peligrosas de accidentes. En este sentido se establecen:

- a) Deben tratarse de empresas reales, con una organización productiva propia, lo que incluye los medios materiales y personales necesarios para poder realizar su actividad, asumiendo también lo que define el propio concepto de empresa, es decir, asumiendo los riesgos, responsabilidades y obligaciones que conlleva toda actividad empresarial. (Art. 4. 1 a) y b))
- b) Para evitar el fraude tanto respecto a empresas como a autónomos, se establece (Art. 4 1 c) que ambos deben ser los que organicen y dirijan sus trabajos y en el caso de los autónomos, que los sean realmente, aunque en ambos supuestos cabe el sometimiento a las órdenes generales de planificación y ejecución de la obra que le correspondería al contratista principal.
- c) Se establece (Art. 4.2 a)) la necesidad de que se disponga de personal con la formación necesaria en prevención de riesgos, y tanto para el personal directivo como para la mano de obra directa, y deberá tener uno de los modelos de organización de los previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
- d) Se crea un registro de Empresas acreditadas (Art. 6), que dependerá de la Autoridad de la Comunidad Autónoma, en donde se encuentre el domicilio social de la empresa, estableciendo un sistema de comunicación de todos los

¹⁶ Art. 3 h) Ley 32/2006 de 18 de octubre.

¹⁷ En el apartado i) del art. 3 al decir que será “*cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor*”.

registros y las formas de acceso, así como se establece que reglamentariamente se establecerá tanto la forma como los contenidos de dicho registro, y algo importante la inscripción tendrá validez para todo el territorio nacional. Se pretende con este registro dotar de un mayor rigor y transparencia para los contratantes a la hora de efectuar las contrataciones y subcontrataciones. Para ello las empresas acreditarán cumplir los requisitos que hemos venido reseñando en los puntos anteriores, mediante el sistema de efectuar una declaración documental, de que cumplen los requisitos (Art. 4.3), algo que se concretará también en cuanto a forma y contenido en el desarrollo reglamentario.

- e) La novedad más importante de la Ley, sin embargo, se encuentra en el tema del empleo en estas empresas¹⁸, ya que aquellas que se contraten “*habitualmente*” en trabajos de obras de construcción, se ven obligadas a tener una parte de la plantilla con trabajadores que tengan un contrato indefinido, porcentaje que se inicia con un diez por ciento desde la fecha de entrada en vigor de la Ley y durante los primeros dieciocho meses de su vigencia, continúa con un veinte por ciento en el periodo del mes decimonoveno al trigésimo sexto para llegar a ser del treinta por ciento a partir del mes trigésimo séptimo inclusive, aunque se advierte que la forma de efectuar el cómputo vendrá determinado de forma reglamentaria y no podemos saber si también se establecerá algún criterio para definir el concepto de *habitualidad*, aunque en este caso entendemos bastará con analizar el volumen de actividad económica de la empresa y ver qué parte es la dedicada a las obras de construcción.

3.3. -RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 5 de la Ley constituye, sin duda, el punto central de la reforma operada. La norma parte de un principio que se recalca, cual es que la subcontratación es un fenómeno existente en el sistema productivo de las empresas, y constituye una forma de organización productiva que como tal es legítimo, y que por lo tanto no puede ser limitado.

¹⁸ Tal y como se establece en el apartado 4 del Art. 4: “*Las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados de carácter indefinido que no será inferior al 10 por ciento durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20 por ciento durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30 por ciento a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive*”.

Sin embargo, la realidad de lo observado en numerosas obras en las que se detectan graves abusos, y su relación directa y constatada con la siniestralidad, llevan a que el legislador señale que no puede ser limitada, “*salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta ley*”. Es decir, se va a controlar el uso de la subcontratación en virtud de las razones a que antes hemos hecho referencia.

Así pues, se establece un régimen general que lo que hace es limitar hasta el tercer nivel la posibilidad de efectuar subcontrataciones, y ello se concreta desde el momento y punto inicial. El promotor será el que podrá contratar directamente con los contratistas que estime oportuno, siendo indiferente que se trate de personas físicas o jurídicas (Art. 5.2 a)).

El contratista principal, o el promotor si asumiera tales funciones, podrá dar a contratar la ejecución de los trabajos que hubiera contratado con el promotor, y lo podrá hacer tanto con empresas contratistas, como con trabajadores autónomos (Art. 5.2 b)), figura que aparece en la ley¹⁹, dada la relevancia e importancia que puede tener.

Y aquí surge la novedad (Art. 5.2 c)) pues sólo se va a permitir la subcontratación sucesiva a los que lo realicen estando en el primer o en el segundo nivel, de acuerdo con el concepto del artículo 3º a que antes hacíamos referencia, es decir, a los escalones en que se estructura el sistema de subcontratación para desarrollar el total o parte de la obra que asume el contratista en virtud del contrato que tiene con el promotor. Así, el tercer subcontratista no podría ya subcontratar aquellos trabajos que venga realizando en virtud de su contrato, ni con otras empresas subcontratistas ni con trabajadores autónomos. Se produce pues aquí el fin de la subcontratación, el límite real al exceso de empresas en las obras.

Esta regla general del tercer nivel tiene, sin embargo, dos limitaciones y unas posibilidades de excepción. En el primer caso, se trata de una prohibición general de subcontratar a aquellas empresas que sólo colaboran en la obra aportando mano de obra, es decir trabajadores cuyo único trabajo se realice con herramientas manuales, o motorizadas portátiles, y que los otros equipos de trabajo sean de otras empresas de la obra. Pensemos en una empresa de albañilería, que sólo aporta albañiles con sus herramientas manuales, o con sierras de disco propias, pero que obviamente usará los

¹⁹ Vid: MARTÍNEZ BARROSO, M. R :“ *La existencia del deber de vigilancia empresarial en las contrataciones a los trabajadores autónomos, tras la entrada en vigor de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*”. Aranzadi Social, núm. 18, año 2006 [BIB 2006\1992]

materiales de la hormigonera de la obra o los medios para subirlos a las plantas, por ejemplo, montacargas del contratista principal.

Parece claro que en este supuesto no puede haber ninguna razón para subcontratar, salvo para realizar abusos, como sería el crear unidades falsas de obra, como serían albañilería de interior o exterior, distinguiendo tipos de paredes, etc. y que lo que deberá hacerse será contratar la propia empresa más trabajadores si hay mayor cantidad de trabajo, no pudiendo recurrir a otra subcontratación.

Tampoco se permite (Art. 5,2 e)) la subcontratación y con carácter general, cuando se trate de trabajadores autónomos, que por lo tanto no podrá subcontratar los trabajos a ellos encomendados, ni con otros trabajadores autónomos ni con empresas subcontratistas.

El legislador, sin embargo, establece una posibilidad de extender el tercer nivel²⁰ a que antes hemos hecho referencia, pero es una posibilidad excepcional, y como tal restrictiva, y que sólo puede obedecer a cuatro causas:

- a) casos fortuitos
- b) exigencias de especialización
- c) complicaciones técnicas
- d) fuerza mayor

Si descendemos al detalle, es obvio que en un derribo puede surgir la aparición de materiales, o riesgos imprevistos, en una excavación pueden aparecer dificultades añadidas en los trabajos por las características del terreno, o unas fuertes lluvias pueden exigir que tengamos que contratar empresas con medios especializados para el rápido secado y extracción de agua, es decir, en todos estos casos habría una justificación obvia para la aparición de un nivel adicional.

Ahora bien, para ello se requiere que la dirección facultativa de la obra lo justifique y lo apruebe, señalando la causa o causas que den lugar a dicha situación excepcional, lo anotará en el Libro de Subcontratación, y además de que dicho Libro

²⁰ Al establecer en el primer párrafo del apartado 3 del art. 5: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando en casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra, fuera necesario, a juicio de la dirección facultativa, la contratación de alguna parte de la obra con terceros, excepcionalmente se podrá extender la subcontratación establecida en el apartado anterior en un nivel adicional, siempre que se haga constar por la dirección facultativa su aprobación previa y al causa o causas motivadoras de la misma en el Libro de Subcontratación al que se refiere el artículo 7 de esta Ley”. Y añadiendo en el segundo párrafo la excepción ante la concurrencia de fuerza mayor al decir que “No se aplicará la ampliación excepcional de la subcontratación prevista en el párrafo anterior en los supuestos contemplados en las letras e) y f) del apartado anterior, salvo que la circunstancia motivadora se la de fuerza mayor”

esté a disposición de todos los implicados en la obra a los que luego haremos referencia, se señala expresamente que se pondrá en conocimiento tanto del coordinador de seguridad y salud, como de todos los representantes de los trabajadores de las empresas que se encuentren en el ámbito de aplicación de sus trabajos, porque pueden verse afectadas, y además en el plazo de los cinco días hábiles siguientes, lo pondrá en conocimiento de la Autoridad Laboral, en tal caso además de la anotación en el Libro se habla de un informe expreso de la dirección facultativa señalando las causas de su necesidad, algo que puede aparecer como reiterativo a lo ya contenido en el Libro o que puede ser ampliatorio de aquel, y en todo caso lo lógico es que tal informe lo tramita la Autoridad Laboral tanto a sus propios servicios técnicos, como en especial a la Inspección de Trabajo.

Nos encontramos pues ante unos supuestos excepcionales, que el legislador ha procurado rodear de todas las garantías necesarias para que sean realmente excepcionales, obedezcan a unas razones tasadas y justificadas y controlables par evitar que sean un mal uso de la ley.

Este nivel adicional, sin embargo, no podrá realizarse nunca ni por trabajadores autónomos, ni tampoco por aquellas empresas a que antes hacíamos referencia como de fundamentalmente aportación de mano de obra.

3.4. -REGISTRO DE EMPRESAS ACREDITADAS:

Como una garantía adicional, y en línea con lo sucedido en otras legislaciones, se va a crear el Registro de Empresas (art. 6). Este Registro tendrá carácter autonómico, y por lo tanto, la inscripción deberá hacerse por cada empresa en la Comunidad en la que aquella tenga el domicilio social, aunque la inscripción lógicamente tendrá luego carácter nacional, y aquí se señala que será un registro de datos de acceso público, obviamente como dice el legislador salvaguardando el respeto a los datos que afectan al derecho a la intimidad.

Habrá, sin embargo que esperar al desarrollo reglamentario que deberá determinar capítulos y temas tan importantes, como cuál será el contenido de los datos a aportar al Registro, la forma de la inscripción, y los efectos, pero sobre todo la necesidad de un sistema que permita la coordinación de todos los registros.

3.5.- EL LIBRO DE SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 8 de la Ley plantea el Libro de Subcontratación, en la línea del Libro Registro que también establece en la reforma que se opera en el art. 42 E.T²¹..

Este libro es el principal documento que permitirá durante la realización de una obra, el poder conocer y controlar el cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la misma, y así se indica, en primer lugar, que deberá permanecer en todo momento en la obra, y que reflejará, siempre en orden cronológico, todas las subcontrataciones realizadas, detallando todas las operaciones que deben incluirse en las anotaciones,, con identificaciones tanto de las empresas, como de las personas responsables, así como que deberá señalarse el nivel que corresponde a cada subcontratación, y las acreditaciones de las obligaciones en materia de prevención de riesgos.

Este es un Libro al que tendrán acceso desde el coordinador, las empresas implicadas, y por supuesto la Autoridad Laboral, los técnicos de prevención, los delegados de prevención y los representantes de los trabajadores en todas las empresas que intervengan en la obra. Este libro se determina que reglamentariamente se establecerán sus condiciones, y sus contenidos.

Asimismo, se produce una importante novedad, dado que el texto de la Ley contempla la previsión de que se va a revisar toda la documentación existente ahora en la empresa, buscando con ello el conseguir una unificación y simplificación de dicha documentación.

En este sentido, es importante el art.10 que plantea la documentación que acredite la formación preventiva de los trabajadores, aunque es un artículo que puede quedar muy inconcreto, ya que en primer lugar vuelve a recordar la obligación general de las empresas de velar porque los trabajadores tengan la formación necesaria y adecuada en el tema de prevención, así como se remite a la posibilidad de que la negociación colectiva “*pueda*” establecer aquellos programas de formación que puedan ser individualizados por puestos de trabajo, pero quizás hubiera sido de desear el “*deba*” en lugar del “*pueda*” haciendo tal cláusula contenido obligatorio del convenio en un sector tan peligroso como este.

²¹ Vid: SEMPERE NAVARRO, A. V.: “*Los fenómenos interempresariales y el nuevo Libro registro tras el Real Decreto Ley 5/2006: un esquema*”. Aranzadi Social, números 7-8 año 2006 [BIB 2006/926]

También se plantea el tema del documento acreditativo de la formación preventiva específica que haya recibido cada trabajador, abriendo una doble posibilidad, que esta regulación la efectúe la propia negociación colectiva del sector, o bien se haga reglamentariamente.

Este documento, sin embargo, ofrece fuertes dosis de voluntarismo a la hora de definirlo, porque su diseño, ejecución y expedición puede, es decir es una posibilidad, realizarse a través de los órganos paritarios de los convenios sectoriales estatales, en colaboración con la Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Si unimos esta redacción posibilista con el párrafo anterior, que habla de una doble vía, podríamos habernos encontrado con el retraso en la regulación de un tema que pensamos es necesario sea tratado de forma más urgente, aunque parece, según algunas fuentes²², puede estar cercana su aprobación en el seno de la Fundación Laboral de la Construcción. Se tratará de un documento con validez para cinco años y que al renovarse se debería volver a acreditar la formación.

Por último, en el texto legal habían surgido dudas respecto a la titularidad de los bienes utilizados por las empresas, y en concreto sobre el título que debían tener las empresas sobre tales bienes, dado que en el artículo cuatro y al hablar de los requisitos exigibles a las empresas, tanto contratistas como subcontratistas, se refiere a que deben tener una organización productiva propia, que justifique y establece de forma clara su realidad como tal empresa evitando existan empresas creadas artificialmente por otras para diluir responsabilidades, y que carezcan de cualquier elemento de aquellos que la jurisprudencia ha considerado deben existir para que exista tal realidad empresarial.

Es claro que el artículo octavo habla de posesión de la maquinaria, que lo puede ser por ejemplo por alquiler, pensemos en los grandes equipos de trabajo, de muy alto coste o muy especializados, por lo tanto no debe entenderse exista contradicción entre ambos planteamientos. Por un lado deben disponer de una auténtica empresa, pero a su vez esta puede utilizar equipos que obviamente puede recabar de otras empresas.

3.6. -INFRACCIONES Y SANCIONES:

La Ley contiene una amplia reforma de la normativa en materia de infracciones y sanciones en el orden social²³ (LISOS). Así en primer lugar en las

²² Gaceta Prevención (Lex Nova) Año III, núm. 55, de 19 de marzo de 2007.

²³ Nos referimos al RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

infracciones en materia laboral, en concreto, y como infracción muy grave, se define en el artículo 8²⁴ el incumplimiento de la obligación de fijeza en la plantilla establecida en esta Ley, y que se concretará en un posterior desarrollo reglamentario.

Pero es en materia de prevención de riesgos en donde se producen las mayores novedades. Así en el art. 11 LISOS, se establecen dos nuevas infracciones de carácter leve, cuales son el “*no disponer en la obra de construcción del Libro de Subcontratación*” (art. 11.6 LISOS), y “*no disponer el contratista o subcontratista de la documentación o título*” que le permita acreditar estar en posesión de la maquinaria que utiliza (art. 11.7 LISOS).

Son pues obligaciones de carácter formal o documental que se consideran leves, aunque maticemos que en el primer supuesto será el no disponer del Libro en la obra, en el momento de la visita, pero luego será grave el no llevarlo en orden al día, con lo cual presupone que será también el no tenerlo en absoluto, porque en caso contrario sería una contradicción.

Como infracciones graves, en materia de prevención de riesgos, se detallan tres nuevos apartados en el art.12 LISOS, en concreto el punto 27 se refiere a las obligaciones del *subcontratista*, en concreto sancionan, en el apartado a), los incumplimientos *del deber de acreditar* que se dispone de los recursos humanos, que se tiene un sistema de organización de la prevención adecuado y que se encuentra inscrita en el Registro de Empresas. Por otro lado se sanciona, en el apartado b), el incumplimiento *de la obligación de comunicar los datos* necesarios para que pueda ser cumplimentado correctamente el Libro de Subcontratación, y por último, en el apartado c), superar los niveles permitidos de subcontratación o permitirla en los ámbitos excluidos de ejecución de subcontrataciones.

El punto 28, del artículo 12, se refiere a las obligaciones del *contratista*, repitiendo las que contemplan *supuestos no previstos*, o de *acreditar los medios* de que disponen, y, como hemos significado antes, el *no llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación* y como infracción particular y concreta del contratista *la vulneración de los derechos de información sobre las contratas y subcontratas* que se realicen, y que debe facilitar a los representantes de los trabajadores.

²⁴ Así se introduce en la Disposición adicional primera de la Ley, con el siguiente texto: “16. El incumplimiento de la normativa sobre limitación de la proporción mínima de trabajadores contratados con carácter indefinido contenida en la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y en su reglamento de aplicación”

Por último, el punto 29 contiene una sanción específica del *promotor*, ya que lo será el certificar, *sin que concurran las causas*, por parte de la dirección facultativa que se da un supuesto de *ampliación* de niveles de subcontratación.

La reforma del art. 13 LISOS contiene las mismas infracciones referidas en el ámbito del *subcontratista*, *al deber de acreditación* de los recursos (apartado 15 a), a utilización indebida de la *subcontratación* en supuestos *no permitidos* (apartado 15 b), incluyendo el supuesto de que se faciliten *datos falsos al contratista o al subcontratista* (apartado 15 c) para el que trabaje, incumpliendo los requisitos legales. En los dos primeros casos, será muy grave cuando se trate de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y la salud de los trabajadores en el sector de la construcción, contenidos en el anexo II del RD 1627/1997.

En relación con los *contratistas* (apartado 16), también se considerarán muy graves en el caso de dichos trabajos con *riesgos especiales* (apartado 16 a)), los incumplimientos en relación con *el deber de acreditar* (apartado 16 b)) de sus medios o realizar supuestos prohibidos superando los niveles permitidos (apartado 16 c)).

Y por último, en el apartado 17, y para el caso de *trabajos con riesgos especiales*, y tratándose de *promotores*, se considerará muy grave la actuación de la dirección facultativa ampliando un nivel sin causa.

3.7.- OTRAS CUESTIONES:

La Ley contiene una serie de normas en sus Disposiciones adicionales segunda y tercera, referidas, en el primer supuesto a aquellas otras incluidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la Disposición adicional tercera²⁵ permite que la negociación colectiva del sector, a nivel estatal, realice (“*podrá*”) un adaptación de la actual regulación normativa del contrato de obra o servicio determinado para poder conseguir una mejora en la situación del empleo. Hemos de precisar que esta Disposición adicional tercera, la consideramos necesaria dada la reforma normativa introducida en el párrafo 5 de art. 15 ET a través de la Ley 43/2006 sobre encadenamiento de los contratos temporales, entre ellos los de obra o servicio determinado, que son los típicos

²⁵ Así establece que “*Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio de terminado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación.*”

del sector de la construcción, y que los limita a veinticuatro meses de duración en un periodo de treinta meses y en su párrafo segundo encomienda, a la negociación colectiva, establecer los requisitos necesarios para evitar una utilización excesiva. Lógicamente con la actual regulación contenida en el convenio estatal del sector²⁶ que prevé la duración del contrato de obra o servicio por un periodo de treinta y seis meses, si no existe esa adaptación, difícilmente podemos esperar el cumplimiento del precepto legal.

Por último, y tras cifrar la entrada en vigor en seis meses, es decir, hasta el 19 de abril de 2007, se establece una ficha en el anexo provisional hasta en tanto aparezca desarrollado reglamentariamente el libro de subcontratación.

²⁶ Resolución de 26 de julio de 2002, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio Colectivo General del sector de la Construcción 2002-2006, que en su artículo 28 para el contrato “*fijo de obra*” cuyo objeto es el contenido en el art. 15 1 a) ET, prevé que podrá trabajar en distintos centros de trabajo sucesivos durante un máximo de tres años, previendo que incluso puedan prolongarse más allá sin perder el carácter temporal, al contraponerlo, en el art. 28, al contrato “*fijo de plantilla*”.

“LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.”

Por María Angeles Burgos Giner. Profesora Titular EU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universitat Jaume I Castellón., y Vicente Sampedro Guillamón. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

1.-INTRODUCCIÓN:

La evolución de las relaciones laborales, y de la legislación que las regula, viene ajustándose a los cambios que en los sistemas económicos y productivos se vienen produciendo. Así tras la llamada crisis del petróleo, surgió el llamado, a su vez, derecho del Trabajo de la crisis y algunos de los principios que parecía inmutables van sufriendo fuertes golpes que llegan a desnaturalizarlos, por ejemplo al existir un “contrato temporal de fomento del empleo¹”, no causal. Aunque también es lo cierto que los gobiernos y las legislaciones han comprobado que se habían producido muchos abusos y han querido volver atrás, como lo sucedido en nuestro país en la reciente reforma laboral².

Sin embargo, hay algunos cambios que no van a desaparecer, y entre ellos se citaría a los fenómenos de la descentralización productiva o a la externalización de funciones, a través de las figuras de las contratatas y subcontratatas como medios para auxiliarse las empresas y así poder dar cumplimiento a los compromisos adquiridos. Ya que, como ha señalado la doctrina, al referirse a la descentralización productiva, debe de “contemplarse como una técnica de gestión”, sin olvidar que cuenta con un instrumento, que es la flexibilidad, ya que “la cuestión de fondo es la relativa a su utilización para

¹ Sería el caso, por ejemplo del RD 1989/1984, de 17 de octubre y todas las intervenciones normativas flexibilizando la contratación temporal. Ya que si recordamos, en la redacción dada art. 17.3 del E.T./1980 se contemplaba la habilitación dada al Gobierno para la adopción de medidas que facilitarían la colocación de trabajadores demandantes de empleo, y bajo esta cobertura legal aparece una modalidad contractual de carácter coyuntural: la contratación temporal de fomento del empleo, que fue muy utilizada hasta la reforma del ET en 1995, y que en la actualidad queda solamente vigente para los trabajadores con discapacidad de acuerdo con la Disposición Adicional primera de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo. Sobre la temporalidad como medida de fomento del empleo: vid. SEGURA, J, DURÁN, F, TOHARIA, L y BENTOLILA, S: “Análisis de la contratación temporal en España”, Madrid, 1991, MTSS, en especial pág .25. ELORDI DENTICI, A, DEL REY GUANTER, S, SERRANO MARTÍNEZ, J Y GALA DURÁN, C: “Trabajo, temporalidad y Empresas de Trabajo temporal en España”, Madrid 2001, Agett, en especial págs. 129 y sgs; sobre la evolución del empleo temporal entre 1976 y 2001.

² Nos referimos a la operada a través del RD Ley 5/2006 de 9 de junio y que se convirtió en la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo.

reducir costes y hacer posible un uso flexible de la mano de obra mediante la diversificación de las fuentes de aportación del volumen de mano de obra que la empresa precisa para su funcionamiento”³. En el primer caso, los trabajos son dados a las empresas fuera de la principal, por ejemplo los talleres en el sector de la confección, o incluso a países llamados del tercer mundo, y en el supuesto de la externalización de funciones, la empresa va desgajando las labores no directamente relacionadas con su trabajo central, y las va dejando en mano de terceras empresas que realizan sus trabajos en su propio centro de trabajo.

Puede parecer extraño, pero ahora se pretende que una empresa que fabrique azulejos, se dedique solamente a eso, pero es obvio que ahora el personal dedicado a limpieza, a mantenimiento, a seguridad no es de la propia empresa sino que es contratado a empresas terceras que prestarán allí sus servicios.

Incluso en un paso más, los propios trabajos centrales del proceso productivo, pueden ser cubiertos en caso de necesidades extraordinarias, por ejemplo aumentos de pedidos o bajas de varios trabajadores por enfermedad, bien por contratos de duración determinada contratados por la propia empresa o bien recurriendo a una empresa de trabajo temporal, en un fenómeno que hemos denominado siempre cesión de trabajadores, antes ilícito administrativo, incluso penal, pero que ahora sólo lo será en el caso de efectuarse fuera de una empresa de trabajo temporal, o de la regulación normativa de estas.

Si esta situación es general en la mayor parte de empresas, sea cual sea su tamaño y su sector, el tema se vuelve más preocupante cuando hablamos de las obras de construcción. En ellas confluyen siempre varias empresas que se corresponden con las distintas unidades de una obra, y a su vez estas contratistas vuelven a subcontratar parte de sus trabajos a unos subcontratistas o a trabajadores autónomos.

En principio, cualquier presencia de varias empresas en un mismo lugar de trabajo siempre entraña un riesgo añadido, podríamos decir que los riesgos de cada trabajo se van acumulando, y más aún si consideramos el sector de la construcción, en que ya no se acumulan sino que se multiplican y son una de las causas que producen la alta siniestralidad del sector.

³ Tal y como lo ha expresado RIVERO LAMAS, J : “*La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*” en AA.VV.: “*Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*” X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid 2000, MTSS, pag. 81.

Por ello, el legislador ha venido introduciendo reformas en el tema de las contratas y subcontratas, en general y en cualquier empresa, y en mayor detalle y con una dirección centrada en la prevención de riesgos laborales, en el sector de la construcción. A estas dos reformas normativas vamos a referirnos.

2.- REFORMAS EN LA NORMATIVA GENERAL:

El pasado mes de junio de 2006, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado, en concreto el del día 14, el Real Decreto- Ley 5/2006 de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo. Estamos ante una norma que, sin duda, constituye un punto importante de inflexión en la normativa laboral, ya que afronta el tema del empleo desde la órbita ya no de la mera cantidad, sino buscando una mejor calidad, buscando solucionar algunos problemas que se vienen detectando, entre ellos, el más importante el del encadenamiento de contratos.

El Real Decreto- Ley nace del acuerdo entre la CEOE, CEPYME, UGT y CC. OO. , dentro de los diversos ámbitos que se han ido promocionando para el Diálogo Social. Pues bien, esta norma ha sido ya transformada por nuestras Cortes Generales en Ley 43/2006 de 29 de diciembre, y en ella se contempla también como tema de interés el del fenómeno de la subcontratación, buscando como señala la propia Exposición de Motivos *“asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva sea compatible con la protección de los trabajadores especialmente cuando se trate de empresas principal, contratista y subcontratista que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo”*⁴, añadiendo además el interés por deslindar estos supuestos que pueden producir en algunos casos supuestos de cesión ilegal, para lo cual incluso se produce lo que se señala como definición de cesión ilegal de trabajadores, más bien una descripción, de supuestos, eso sí recordando que la cesión legal de trabajadores sólo puede realizarse por las empresas de trabajo temporal.

En el tema de contratas y subcontratas, pues, en la línea de lo ya actuado en anteriores reformas, el art.42 ET viene a incluir las siguientes novedades:

1.- En el apartado 4 del art. 42 ET, aparece un nuevo concepto⁵, cual es el de empresa que comparta de forma continuada un mismo centro de trabajo, un caso que

⁴ Párrafo séptimo, apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre.

⁵ Al establecer en el párrafo segundo que: *“Cuando la empresa principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá de disponer de un libro*

fácilmente se encuentra con temas como limpieza, seguridad, entre otros. En este supuesto se establece un libro de registro que reflejará toda la información a que se refiere el mismo artículo, en el mismo apartado, respecto a todas las empresas afectadas. Esta información deberá contener el nombre o razón social, domicilio y NIF de la empresa contratista o subcontratista, el objeto, lugar y duración de la contrata, el número de trabajadores ocupados y las medidas preventivas de coordinación de actividades a efectos de la prevención de riesgos. Coincidiendo esta información con la que debe informar a los representantes de los trabajadores, e insistiendo con que, estará dicho libro a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

2.- Se añade un nuevo apartado 6,⁶ que establece que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas podrán plantear cuestiones a los representantes de los trabajadores de la empresa principal, entendemos que se trata de la representación unitaria, es decir delegados de personal o comités de empresa, por referirlo a la representación legal cuando carece de ella.

Se exige para ello la concurrencia de dos requisitos, uno que carezcan de representación legal propia, y además que se trate de temas relacionados a las condiciones de ejecución del trabajo por ejemplo problemas de vestuarios, y no relativos sólo a su empresa, por ejemplo, retrasos en el pago de los salarios.

3.- Pero para el supuesto en que sí cuenten representación legal, se adiciona en el art. 42 ET un nuevo apartado 7, que permite que los representantes legales, si los hubiere, de las empresas contratistas y subcontratistas, y para el supuesto que compartieran centro de trabajo de forma continuada, puedan reunirse para coordinarse entre ellos, y todo ello en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley. Referencia esta última que sólo plantea en el texto legal, es decir en el art. 81 del ET⁷, el uso de locales y

de registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes de los trabajadores”.

⁶ “6. Los trabajadores de las empresas contratista y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación.

Lo dispuestos en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende”.

⁷ Que tras la reforma efectuada, se adicionaba a su anterior redacción: “La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden en la empresa”. Sin que olvidemos que mantiene la misma redacción respecto del derecho al local para desarrollar sus actividades condicionado a que “sus características lo permitan” como también el que: “Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo”.

tablón de anuncios, recordando que en este supuesto de contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo, se permite que podrán hacer uso de dichos locales, remitiéndose a lo que se acuerde con la empresa.

El texto no resuelve las dudas sobre esas reuniones entre los representantes legales, no parece que estemos hablando de ningún órgano creado para este supuesto, por lo que nos encontramos con un tema que será desarrollado en el seno de la propia empresa principal, y quizás habría que entender que igual que lo referido a locales, debería de haber, un acuerdo colectivo con la empresa, cuyo contenido contemplara temas como el aviso previo de la reuniones, el momento de efectuarlas ya bien dentro o fuera de la jornada, sin o con crédito horario específico pero dentro del uso legal del que ya tienen, es decir, temas todos que dependerán de la facultad de autoorganización de los representantes de los trabajadores. Que entendemos estarán en la línea de poder continuar efectuando sus funciones de representación, a través de las reuniones en los locales cedidos por la empresa principal, en donde indirectamente sobre éste empresario principal recae la obligación de “facilitar” los locales que serán los medios que permitirán la celebración de esas reuniones entre ambas representaciones o por separado.⁸ Y en todo caso, será la negociación colectiva la encargada de determinar tanto la capacidad como el ámbito de actuación de la representación, al establecerlo así el art.42.7 ET, ante la falta de claridad del precepto.

3.- LA LEY 32/2006, REGULADORA DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN:

Durante mucho tiempo, se ha venido detectando que en el fenómeno de la alta siniestralidad de la construcción influyen diversos factores, como la temporalidad y variabilidad de cualquier obra, los contratos en precario de muchos trabajadores, etc..., pero sin duda uno de los factores que se ha venido resaltando por su carácter principal en esa siniestralidad, es el del fenómeno de la proliferación de empresas en un centro de trabajo, que es una obra. Ello conlleva a que en muchas ocasiones, ese factor de presencias conjuntas produzca una auténtica multiplicación de los riesgos.

⁸ Vid: MONEREO PÉREZ, J. L.: “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, Aranzadi Social, número 19, año 2006, [BIB 2006\2067] que considera que del precepto se desprende un “llamamiento de Acuerdo colectivo de empresa que determine las condiciones de utilización compartida o uso conjunto de los locales para celebrar reuniones internas entre las distintas representaciones legales de las empresas implicadas en el proceso de subcontratación”.

Ante este tema, y sin olvidar que el fenómeno de la subcontratación obedece a características propias del sector, “*tradición*” le llama la Exposición de Motivos, y a las necesidades de los procesos de externalización productiva o de la especialización, tampoco se puede obviar la necesidad de controlar el proceso que puede llevar a abusos, ya que pueden proliferar empresas sin organización productiva, y a la larga, como dice también la propia Exposición de Motivos “*los indicados excesos de subcontratación pueden facilitar la aparición de prácticas incompatibles con la seguridad y salud en el trabajo*”.⁹

La Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción¹⁰, pretende resolver los graves problemas que, insistimos, vienen planteando el fenómeno de la subcontratación, recortando su uso, como luego veremos, hasta el tercer nivel, y además estableciendo una serie de cautelas:

- a) Exige determinadas condiciones, limitadas y muy rígidas, para que puedan efectuarse subcontrataciones a partir de ese tercer nivel.
- b) Las empresas que quieran trabajar como contratista o subcontratista vienen precisadas a ofrecer unas garantías en cuanto calidad, solvencia, y también en cuanto a que deberán acreditar la formación en prevención de sus trabajadores.
- c) Se establece la obligatoriedad de que dichas empresas tengan en su seno un empleo estable, estableciéndose un porcentaje de la plantilla con trabajadores indefinidos, que comienza en el diez por ciento de la plantilla para llegar a un treinta por ciento.
- d) Se establecen sistemas de control documental de los trabajos, permitiendo así una mayor transparencia en las obras de construcción, a través del Libro de Subcontratación, al que se tiene amplio acceso, como luego veremos.

3.1.- OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY:

La Ley tiene un claro objetivo, cual es el regular la subcontratación en el sector de la construcción, estableciendo en su art.2 cuáles son los trabajos de construcción que

⁹ Último punto del Párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Contratación. Y, como mantiene la doctrina, esta Ley “*trata de hacer frente al gravísimo problema de la siniestralidad laboral en el sector de la construcción*”, vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: “*La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo*”. Aranzadi Social núm. 19, año 2006 [BIB 2006\2067]

¹⁰ BOE de 19 de octubre.

se constituyen en objeto de Ley¹¹, estableciendo una descripción de los trabajos que se efectúan desde que se inicia una obra hasta su terminación, y los que se puedan efectuar en toda obra de construcción, ya sea pública o privada, de construcción o de ingeniería civil.

El artículo 3 contempla un amplio capítulo de definiciones, que no plantean novedades, aunque sí aclara, de acuerdo con la Jurisprudencia, el concepto de promotor¹², y el de contratista o empresario principal¹³, pudiendo coincidir o no ambas figuras.

Se define el concepto de subcontratista, como aquel que asume el compromiso de realizar parte o unidades de obra, bien con contrato con el contratista principal o con otro subcontratista, y que se sujetará al proyecto por el que se rige la ejecución de la obra. También aparece una clarificación en este sentido que llevaría a denominarse primer subcontratista al que tiene como comitente al contratista, el segundo el contratista de aquel y así sucesivamente¹⁴.

La Ley sí que aporta dos novedades importantes. Por un lado el trabajador autónomo¹⁵, que asume partes de obra o instalaciones, y lo puede efectuar de forma personal o individual, es decir por él mismo, o bien empleando trabajadores por cuenta ajena, y en este último caso tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los

¹¹ Así, conforme el párrafo segundo de dicho artículo, se relacionan los trabajos objeto de la ley y que serán los de: “Excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento.

¹² Así, conforme el Art. 3 b) tendrá la consideración de “Promotor: cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra”

¹³ Define, en el apartado e) del art. 3, al contratista o empresario principal como “la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato.” Pero aclarando, en el segundo párrafo de dicho artículo que “Cuando el promotor realice directamente con medios materiales y humanos propios la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrá también la consideración de contratista a los efectos de la presente Ley; asimismo, cuando la contrata se haga con una Unión Temporal de Empresas, que no ejecute directamente la obra, cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de la obra que ejecute.

¹⁴ Cuando, en el apartado f): “Subcontratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente.”

¹⁵ Al definirlo en el apartado g) como “la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplea en la obra trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la presente Ley”

efectos de la Ley, ocupando por lo tanto un nivel y evitando así el fraude que podría cometerse.

También es importante en este sentido que se definan tanto la subcontratación como el nivel, calificando al primera como *práctica mercantil de organización productiva* por la cual se encarga parte del trabajo por parte del contratista o subcontratista *a otro subcontratista o a un trabajador autónomo*¹⁶. Y el nivel será cada uno de los escalones en que se va desarrollando el trabajo¹⁷.

3.2-REQUISITOS DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS O SUBCONTRATISTAS:

El legislador establece, en el artículo 4 de la Ley, una serie de requisitos exigibles tanto a los contratistas, como a los subcontratistas, buscando evitar la existencia de falsas empresas, sin solvencia, sin medios que son además fuentes peligrosas de accidentes. En este sentido se establecen:

- a) Deben tratarse de empresas reales, con una organización productiva propia, lo que incluye los medios materiales y personales necesarios para poder realizar su actividad, asumiendo también lo que define el propio concepto de empresa, es decir, asumiendo los riesgos, responsabilidades y obligaciones que conlleva toda actividad empresarial. (Art. 4. 1 a) y b))
- b) Para evitar el fraude tanto respecto a empresas como a autónomos, se establece (Art. 4 1 c) que ambos deben ser los que organicen y dirijan sus trabajos y en el caso de los autónomos, que los sean realmente, aunque en ambos supuestos cabe el sometimiento a las órdenes generales de planificación y ejecución de la obra que le correspondería al contratista principal.
- c) Se establece (Art. 4.2 a)) la necesidad de que se disponga de personal con la formación necesaria en prevención de riesgos, y tanto para el personal directivo como para la mano de obra directa, y deberá tener uno de los modelos de organización de los previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
- d) Se crea un registro de Empresas acreditadas (Art. 6), que dependerá de la Autoridad de la Comunidad Autónoma, en donde se encuentre el domicilio social de la empresa, estableciendo un sistema de comunicación de todos los

¹⁶ Art. 3 h) Ley 32/2006 de 18 de octubre.

¹⁷ En el apartado i) del art. 3 al decir que será “*cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor*”.

registros y las formas de acceso, así como se establece que reglamentariamente se establecerá tanto la forma como los contenidos de dicho registro, y algo importante la inscripción tendrá validez para todo el territorio nacional. Se pretende con este registro dotar de un mayor rigor y transparencia para los contratantes a la hora de efectuar las contrataciones y subcontrataciones. Para ello las empresas acreditarán cumplir los requisitos que hemos venido reseñando en los puntos anteriores, mediante el sistema de efectuar una declaración documental, de que cumplen los requisitos (Art. 4.3), algo que se concretará también en cuanto a forma y contenido en el desarrollo reglamentario.

- e) La novedad más importante de la Ley, sin embargo, se encuentra en el tema del empleo en estas empresas¹⁸, ya que aquellas que se contraten “*habitualmente*” en trabajos de obras de construcción, se ven obligadas a tener una parte de la plantilla con trabajadores que tengan un contrato indefinido, porcentaje que se inicia con un diez por ciento desde la fecha de entrada en vigor de la Ley y durante los primeros dieciocho meses de su vigencia, continúa con un veinte por ciento en el periodo del mes decimonoveno al trigésimo sexto para llegar a ser del treinta por ciento a partir del mes trigésimo séptimo inclusive, aunque se advierte que la forma de efectuar el cómputo vendrá determinado de forma reglamentaria y no podemos saber si también se establecerá algún criterio para definir el concepto de *habitualidad*, aunque en este caso entendemos bastará con analizar el volumen de actividad económica de la empresa y ver qué parte es la dedicada a las obras de construcción.

3.3. -RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 5 de la Ley constituye, sin duda, el punto central de la reforma operada. La norma parte de un principio que se recalca, cual es que la subcontratación es un fenómeno existente en el sistema productivo de las empresas, y constituye una forma de organización productiva que como tal es legítimo, y que por lo tanto no puede ser limitado.

¹⁸ Tal y como se establece en el apartado 4 del Art. 4: “*Las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados de carácter indefinido que no será inferior al 10 por ciento durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20 por ciento durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30 por ciento a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive*”.

Sin embargo, la realidad de lo observado en numerosas obras en las que se detectan graves abusos, y su relación directa y constatada con la siniestralidad, llevan a que el legislador señale que no puede ser limitada, “*salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta ley*”. Es decir, se va a controlar el uso de la subcontratación en virtud de las razones a que antes hemos hecho referencia.

Así pues, se establece un régimen general que lo que hace es limitar hasta el tercer nivel la posibilidad de efectuar subcontrataciones, y ello se concreta desde el momento y punto inicial. El promotor será el que podrá contratar directamente con los contratistas que estime oportuno, siendo indiferente que se trate de personas físicas o jurídicas (Art. 5.2 a)).

El contratista principal, o el promotor si asumiera tales funciones, podrá dar a contratar la ejecución de los trabajos que hubiera contratado con el promotor, y lo podrá hacer tanto con empresas contratistas, como con trabajadores autónomos (Art. 5.2 b)), figura que aparece en la ley¹⁹, dada la relevancia e importancia que puede tener.

Y aquí surge la novedad (Art. 5.2 c)) pues sólo se va a permitir la subcontratación sucesiva a los que lo realicen estando en el primer o en el segundo nivel, de acuerdo con el concepto del artículo 3º a que antes hacíamos referencia, es decir, a los escalones en que se estructura el sistema de subcontratación para desarrollar el total o parte de la obra que asume el contratista en virtud del contrato que tiene con el promotor. Así, el tercer subcontratista no podría ya subcontratar aquellos trabajos que venga realizando en virtud de su contrato, ni con otras empresas subcontratistas ni con trabajadores autónomos. Se produce pues aquí el fin de la subcontratación, el límite real al exceso de empresas en las obras.

Esta regla general del tercer nivel tiene, sin embargo, dos limitaciones y unas posibilidades de excepción. En el primer caso, se trata de una prohibición general de subcontratar a aquellas empresas que sólo colaboran en la obra aportando mano de obra, es decir trabajadores cuyo único trabajo se realice con herramientas manuales, o motorizadas portátiles, y que los otros equipos de trabajo sean de otras empresas de la obra. Pensemos en una empresa de albañilería, que sólo aporta albañiles con sus herramientas manuales, o con sierras de disco propias, pero que obviamente usará los

¹⁹ Vid: MARTÍNEZ BARROSO, M. R :“ *La existencia del deber de vigilancia empresarial en las contrataciones a los trabajadores autónomos, tras la entrada en vigor de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*”. Aranzadi Social, núm. 18, año 2006 [BIB 2006\1992]

materiales de la hormigonera de la obra o los medios para subirlos a las plantas, por ejemplo, montacargas del contratista principal.

Parece claro que en este supuesto no puede haber ninguna razón para subcontratar, salvo para realizar abusos, como sería el crear unidades falsas de obra, como serían albañilería de interior o exterior, distinguiendo tipos de paredes, etc. y que lo que deberá hacerse será contratar la propia empresa más trabajadores si hay mayor cantidad de trabajo, no pudiendo recurrir a otra subcontratación.

Tampoco se permite (Art. 5,2 e)) la subcontratación y con carácter general, cuando se trate de trabajadores autónomos, que por lo tanto no podrá subcontratar los trabajos a ellos encomendados, ni con otros trabajadores autónomos ni con empresas subcontratistas.

El legislador, sin embargo, establece una posibilidad de extender el tercer nivel²⁰ a que antes hemos hecho referencia, pero es una posibilidad excepcional, y como tal restrictiva, y que sólo puede obedecer a cuatro causas:

- a) casos fortuitos
- b) exigencias de especialización
- c) complicaciones técnicas
- d) fuerza mayor

Si descendemos al detalle, es obvio que en un derribo puede surgir la aparición de materiales, o riesgos imprevistos, en una excavación pueden aparecer dificultades añadidas en los trabajos por las características del terreno, o unas fuertes lluvias pueden exigir que tengamos que contratar empresas con medios especializados para el rápido secado y extracción de agua, es decir, en todos estos casos habría una justificación obvia para la aparición de un nivel adicional.

Ahora bien, para ello se requiere que la dirección facultativa de la obra lo justifique y lo apruebe, señalando la causa o causas que den lugar a dicha situación excepcional, lo anotará en el Libro de Subcontratación, y además de que dicho Libro

²⁰ Al establecer en el primer párrafo del apartado 3 del art. 5: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando en casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra, fuera necesario, a juicio de la dirección facultativa, la contratación de alguna parte de la obra con terceros, excepcionalmente se podrá extender la subcontratación establecida en el apartado anterior en un nivel adicional, siempre que se haga constar por la dirección facultativa su aprobación previa y al causa o causas motivadoras de la misma en el Libro de Subcontratación al que se refiere el artículo 7 de esta Ley”. Y añadiendo en el segundo párrafo la excepción ante la concurrencia de fuerza mayor al decir que “No se aplicará la ampliación excepcional de la subcontratación prevista en el párrafo anterior en los supuestos contemplados en las letras e) y f) del apartado anterior, salvo que la circunstancia motivadora se la de fuerza mayor”

esté a disposición de todos los implicados en la obra a los que luego haremos referencia, se señala expresamente que se pondrá en conocimiento tanto del coordinador de seguridad y salud, como de todos los representantes de los trabajadores de las empresas que se encuentren en el ámbito de aplicación de sus trabajos, porque pueden verse afectadas, y además en el plazo de los cinco días hábiles siguientes, lo pondrá en conocimiento de la Autoridad Laboral, en tal caso además de la anotación en el Libro se habla de un informe expreso de la dirección facultativa señalando las causas de su necesidad, algo que puede aparecer como reiterativo a lo ya contenido en el Libro o que puede ser ampliatorio de aquel, y en todo caso lo lógico es que tal informe lo tramita la Autoridad Laboral tanto a sus propios servicios técnicos, como en especial a la Inspección de Trabajo.

Nos encontramos pues ante unos supuestos excepcionales, que el legislador ha procurado rodear de todas las garantías necesarias para que sean realmente excepcionales, obedezcan a unas razones tasadas y justificadas y controlables par evitar que sean un mal uso de la ley.

Este nivel adicional, sin embargo, no podrá realizarse nunca ni por trabajadores autónomos, ni tampoco por aquellas empresas a que antes hacíamos referencia como de fundamentalmente aportación de mano de obra.

3.4. -REGISTRO DE EMPRESAS ACREDITADAS:

Como una garantía adicional, y en línea con lo sucedido en otras legislaciones, se va a crear el Registro de Empresas (art. 6). Este Registro tendrá carácter autonómico, y por lo tanto, la inscripción deberá hacerse por cada empresa en la Comunidad en la que aquella tenga el domicilio social, aunque la inscripción lógicamente tendrá luego carácter nacional, y aquí se señala que será un registro de datos de acceso público, obviamente como dice el legislador salvaguardando el respeto a los datos que afectan al derecho a la intimidad.

Habrá, sin embargo que esperar al desarrollo reglamentario que deberá determinar capítulos y temas tan importantes, como cuál será el contenido de los datos a aportar al Registro, la forma de la inscripción, y los efectos, pero sobre todo la necesidad de un sistema que permita la coordinación de todos los registros.

3.5.- EL LIBRO DE SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 8 de la Ley plantea el Libro de Subcontratación, en la línea del Libro Registro que también establece en la reforma que se opera en el art. 42 E.T²¹..

Este libro es el principal documento que permitirá durante la realización de una obra, el poder conocer y controlar el cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la misma, y así se indica, en primer lugar, que deberá permanecer en todo momento en la obra, y que reflejará, siempre en orden cronológico, todas las subcontrataciones realizadas, detallando todas las operaciones que deben incluirse en las anotaciones,, con identificaciones tanto de las empresas, como de las personas responsables, así como que deberá señalarse el nivel que corresponde a cada subcontratación, y las acreditaciones de las obligaciones en materia de prevención de riesgos.

Este es un Libro al que tendrán acceso desde el coordinador, las empresas implicadas, y por supuesto la Autoridad Laboral, los técnicos de prevención, los delegados de prevención y los representantes de los trabajadores en todas las empresas que intervengan en la obra. Este libro se determina que reglamentariamente se establecerán sus condiciones, y sus contenidos.

Asimismo, se produce una importante novedad, dado que el texto de la Ley contempla la previsión de que se va a revisar toda la documentación existente ahora en la empresa, buscando con ello el conseguir una unificación y simplificación de dicha documentación.

En este sentido, es importante el art.10 que plantea la documentación que acredite la formación preventiva de los trabajadores, aunque es un artículo que puede quedar muy inconcreto, ya que en primer lugar vuelve a recordar la obligación general de las empresas de velar porque los trabajadores tengan la formación necesaria y adecuada en el tema de prevención, así como se remite a la posibilidad de que la negociación colectiva “*pueda*” establecer aquellos programas de formación que puedan ser individualizados por puestos de trabajo, pero quizás hubiera sido de desear el “*deba*” en lugar del “*pueda*” haciendo tal cláusula contenido obligatorio del convenio en un sector tan peligroso como este.

²¹ Vid: SEMPERE NAVARRO, A. V.: “*Los fenómenos interempresariales y el nuevo Libro registro tras el Real Decreto Ley 5/2006: un esquema*”. Aranzadi Social, números 7-8 año 2006 [BIB 2006/926]

También se plantea el tema del documento acreditativo de la formación preventiva específica que haya recibido cada trabajador, abriendo una doble posibilidad, que esta regulación la efectúe la propia negociación colectiva del sector, o bien se haga reglamentariamente.

Este documento, sin embargo, ofrece fuertes dosis de voluntarismo a la hora de definirlo, porque su diseño, ejecución y expedición puede, es decir es una posibilidad, realizarse a través de los órganos paritarios de los convenios sectoriales estatales, en colaboración con la Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Si unimos esta redacción posibilista con el párrafo anterior, que habla de una doble vía, podríamos habernos encontrado con el retraso en la regulación de un tema que pensamos es necesario sea tratado de forma más urgente, aunque parece, según algunas fuentes²², puede estar cercana su aprobación en el seno de la Fundación Laboral de la Construcción. Se tratará de un documento con validez para cinco años y que al renovarse se debería volver a acreditar la formación.

Por último, en el texto legal habían surgido dudas respecto a la titularidad de los bienes utilizados por las empresas, y en concreto sobre el título que debían tener las empresas sobre tales bienes, dado que en el artículo cuatro y al hablar de los requisitos exigibles a las empresas, tanto contratistas como subcontratistas, se refiere a que deben tener una organización productiva propia, que justifique y establece de forma clara su realidad como tal empresa evitando existan empresas creadas artificialmente por otras para diluir responsabilidades, y que carezcan de cualquier elemento de aquellos que la jurisprudencia ha considerado deben existir para que exista tal realidad empresarial.

Es claro que el artículo octavo habla de posesión de la maquinaria, que lo puede ser por ejemplo por alquiler, pensemos en los grandes equipos de trabajo, de muy alto coste o muy especializados, por lo tanto no debe entenderse exista contradicción entre ambos planteamientos. Por un lado deben disponer de una auténtica empresa, pero a su vez esta puede utilizar equipos que obviamente puede recabar de otras empresas.

3.6. -INFRACCIONES Y SANCIONES:

La Ley contiene una amplia reforma de la normativa en materia de infracciones y sanciones en el orden social²³ (LISOS). Así en primer lugar en las

²² Gaceta Prevención (Lex Nova) Año III, núm. 55, de 19 de marzo de 2007.

²³ Nos referimos al RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

infracciones en materia laboral, en concreto, y como infracción muy grave, se define en el artículo 8²⁴ el incumplimiento de la obligación de fijeza en la plantilla establecida en esta Ley, y que se concretará en un posterior desarrollo reglamentario.

Pero es en materia de prevención de riesgos en donde se producen las mayores novedades. Así en el art. 11 LISOS, se establecen dos nuevas infracciones de carácter leve, cuales son el “*no disponer en la obra de construcción del Libro de Subcontratación*” (art. 11.6 LISOS), y “*no disponer el contratista o subcontratista de la documentación o título*” que le permita acreditar estar en posesión de la maquinaria que utiliza (art. 11.7 LISOS).

Son pues obligaciones de carácter formal o documental que se consideran leves, aunque maticemos que en el primer supuesto será el no disponer del Libro en la obra, en el momento de la visita, pero luego será grave el no llevarlo en orden al día, con lo cual presupone que será también el no tenerlo en absoluto, porque en caso contrario sería una contradicción.

Como infracciones graves, en materia de prevención de riesgos, se detallan tres nuevos apartados en el art.12 LISOS, en concreto el punto 27 se refiere a las obligaciones del *subcontratista*, en concreto sancionan, en el apartado a), los incumplimientos *del deber de acreditar* que se dispone de los recursos humanos, que se tiene un sistema de organización de la prevención adecuado y que se encuentra inscrita en el Registro de Empresas. Por otro lado se sanciona, en el apartado b), el incumplimiento *de la obligación de comunicar los datos* necesarios para que pueda ser cumplimentado correctamente el Libro de Subcontratación, y por último, en el apartado c), superar los niveles permitidos de subcontratación o permitirla en los ámbitos excluidos de ejecución de subcontrataciones.

El punto 28, del artículo 12, se refiere a las obligaciones del *contratista*, repitiendo las que contemplan *supuestos no previstos*, o de *acreditar los medios* de que disponen, y, como hemos significado antes, el *no llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación* y como infracción particular y concreta del contratista *la vulneración de los derechos de información sobre las contratas y subcontratas* que se realicen, y que debe facilitar a los representantes de los trabajadores.

²⁴ Así se introduce en la Disposición adicional primera de la Ley, con el siguiente texto: “16. El incumplimiento de la normativa sobre limitación de la proporción mínima de trabajadores contratados con carácter indefinido contenida en la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y en su reglamento de aplicación”

Por último, el punto 29 contiene una sanción específica del *promotor*, ya que lo será el certificar, *sin que concurran las causas*, por parte de la dirección facultativa que se da un supuesto de *ampliación* de niveles de subcontratación.

La reforma del art. 13 LISOS contiene las mismas infracciones referidas en el ámbito del *subcontratista*, *al deber de acreditación* de los recursos (apartado 15 a), a utilización indebida de la *subcontratación* en supuestos *no permitidos* (apartado 15 b), incluyendo el supuesto de que se faciliten *datos falsos al contratista o al subcontratista* (apartado 15 c) para el que trabaje, incumpliendo los requisitos legales. En los dos primeros casos, será muy grave cuando se trate de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y la salud de los trabajadores en el sector de la construcción, contenidos en el anexo II del RD 1627/1997.

En relación con los *contratistas* (apartado 16), también se considerarán muy graves en el caso de dichos trabajos con *riesgos especiales* (apartado 16 a)), los incumplimientos en relación con *el deber de acreditar* (apartado 16 b)) de sus medios o realizar supuestos prohibidos superando los niveles permitidos (apartado 16 c)).

Y por último, en el apartado 17, y para el caso de *trabajos con riesgos especiales*, y tratándose de *promotores*, se considerará muy grave la actuación de la dirección facultativa ampliando un nivel sin causa.

3.7.- OTRAS CUESTIONES:

La Ley contiene una serie de normas en sus Disposiciones adicionales segunda y tercera, referidas, en el primer supuesto a aquellas otras incluidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la Disposición adicional tercera²⁵ permite que la negociación colectiva del sector, a nivel estatal, realice (“*podrá*”) un adaptación de la actual regulación normativa del contrato de obra o servicio determinado para poder conseguir una mejora en la situación del empleo. Hemos de precisar que esta Disposición adicional tercera, la consideramos necesaria dada la reforma normativa introducida en el párrafo 5 de art. 15 ET a través de la Ley 43/2006 sobre encadenamiento de los contratos temporales, entre ellos los de obra o servicio determinado, que son los típicos

²⁵ Así establece que “*Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio de terminado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación.*”

del sector de la construcción, y que los limita a veinticuatro meses de duración en un periodo de treinta meses y en su párrafo segundo encomienda, a la negociación colectiva, establecer los requisitos necesarios para evitar una utilización excesiva. Lógicamente con la actual regulación contenida en el convenio estatal del sector²⁶ que prevé la duración del contrato de obra o servicio por un periodo de treinta y seis meses, si no existe esa adaptación, difícilmente podemos esperar el cumplimiento del precepto legal.

Por último, y tras cifrar la entrada en vigor en seis meses, es decir, hasta el 19 de abril de 2007, se establece una ficha en el anexo provisional hasta en tanto aparezca desarrollado reglamentariamente el libro de subcontratación.

²⁶ Resolución de 26 de julio de 2002, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio Colectivo General del sector de la Construcción 2002-2006, que en su artículo 28 para el contrato “*fijo de obra*” cuyo objeto es el contenido en el art. 15 1 a) ET, prevé que podrá trabajar en distintos centros de trabajo sucesivos durante un máximo de tres años, previendo que incluso puedan prolongarse más allá sin perder el carácter temporal, al contraponerlo, en el art. 28, al contrato “*fijo de plantilla*”.

“LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.”

Por María Angeles Burgos Giner. Profesora Titular EU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universitat Jaume I Castellón., y Vicente Sampedro Guillamón. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

1.-INTRODUCCIÓN:

La evolución de las relaciones laborales, y de la legislación que las regula, viene ajustándose a los cambios que en los sistemas económicos y productivos se vienen produciendo. Así tras la llamada crisis del petróleo, surgió el llamado, a su vez, derecho del Trabajo de la crisis y algunos de los principios que parecía inmutables van sufriendo fuertes golpes que llegan a desnaturalizarlos, por ejemplo al existir un “contrato temporal de fomento del empleo¹”, no causal. Aunque también es lo cierto que los gobiernos y las legislaciones han comprobado que se habían producido muchos abusos y han querido volver atrás, como lo sucedido en nuestro país en la reciente reforma laboral².

Sin embargo, hay algunos cambios que no van a desaparecer, y entre ellos se citaría a los fenómenos de la descentralización productiva o a la externalización de funciones, a través de las figuras de las contratatas y subcontratatas como medios para auxiliarse las empresas y así poder dar cumplimiento a los compromisos adquiridos. Ya que, como ha señalado la doctrina, al referirse a la descentralización productiva, debe de “contemplarse como una técnica de gestión”, sin olvidar que cuenta con un instrumento, que es la flexibilidad, ya que “la cuestión de fondo es la relativa a su utilización para

¹ Sería el caso, por ejemplo del RD 1989/1984, de 17 de octubre y todas las intervenciones normativas flexibilizando la contratación temporal. Ya que si recordamos, en la redacción dada art. 17.3 del E.T./1980 se contemplaba la habilitación dada al Gobierno para la adopción de medidas que facilitarían la colocación de trabajadores demandantes de empleo, y bajo esta cobertura legal aparece una modalidad contractual de carácter coyuntural: la contratación temporal de fomento del empleo, que fue muy utilizada hasta la reforma del ET en 1995, y que en la actualidad queda solamente vigente para los trabajadores con discapacidad de acuerdo con la Disposición Adicional primera de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo. Sobre la temporalidad como medida de fomento del empleo: vid. SEGURA, J, DURÁN, F, TOHARIA, L y BENTOLILA, S: “Análisis de la contratación temporal en España”, Madrid, 1991, MTSS, en especial pág .25. ELORDI DENTICI, A, DEL REY GUANTER, S, SERRANO MARTÍNEZ, J Y GALA DURÁN, C: “Trabajo, temporalidad y Empresas de Trabajo temporal en España”, Madrid 2001, Agett, en especial págs. 129 y sgs; sobre la evolución del empleo temporal entre 1976 y 2001.

² Nos referimos a la operada a través del RD Ley 5/2006 de 9 de junio y que se convirtió en la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo.

reducir costes y hacer posible un uso flexible de la mano de obra mediante la diversificación de las fuentes de aportación del volumen de mano de obra que la empresa precisa para su funcionamiento”³. En el primer caso, los trabajos son dados a las empresas fuera de la principal, por ejemplo los talleres en el sector de la confección, o incluso a países llamados del tercer mundo, y en el supuesto de la externalización de funciones, la empresa va desgajando las labores no directamente relacionadas con su trabajo central, y las va dejando en mano de terceras empresas que realizan sus trabajos en su propio centro de trabajo.

Puede parecer extraño, pero ahora se pretende que una empresa que fabrique azulejos, se dedique solamente a eso, pero es obvio que ahora el personal dedicado a limpieza, a mantenimiento, a seguridad no es de la propia empresa sino que es contratado a empresas terceras que prestarán allí sus servicios.

Incluso en un paso más, los propios trabajos centrales del proceso productivo, pueden ser cubiertos en caso de necesidades extraordinarias, por ejemplo aumentos de pedidos o bajas de varios trabajadores por enfermedad, bien por contratos de duración determinada contratados por la propia empresa o bien recurriendo a una empresa de trabajo temporal, en un fenómeno que hemos denominado siempre cesión de trabajadores, antes ilícito administrativo, incluso penal, pero que ahora sólo lo será en el caso de efectuarse fuera de una empresa de trabajo temporal, o de la regulación normativa de estas.

Si esta situación es general en la mayor parte de empresas, sea cual sea su tamaño y su sector, el tema se vuelve más preocupante cuando hablamos de las obras de construcción. En ellas confluyen siempre varias empresas que se corresponden con las distintas unidades de una obra, y a su vez estas contratistas vuelven a subcontratar parte de sus trabajos a unos subcontratistas o a trabajadores autónomos.

En principio, cualquier presencia de varias empresas en un mismo lugar de trabajo siempre entraña un riesgo añadido, podríamos decir que los riesgos de cada trabajo se van acumulando, y más aún si consideramos el sector de la construcción, en que ya no se acumulan sino que se multiplican y son una de las causas que producen la alta siniestralidad del sector.

³ Tal y como lo ha expresado RIVERO LAMAS, J : “*La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*” en AA.VV.: “*Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*” X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid 2000, MTSS, pag. 81.

Por ello, el legislador ha venido introduciendo reformas en el tema de las contratas y subcontratas, en general y en cualquier empresa, y en mayor detalle y con una dirección centrada en la prevención de riesgos laborales, en el sector de la construcción. A estas dos reformas normativas vamos a referirnos.

2.- REFORMAS EN LA NORMATIVA GENERAL:

El pasado mes de junio de 2006, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado, en concreto el del día 14, el Real Decreto- Ley 5/2006 de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo. Estamos ante una norma que, sin duda, constituye un punto importante de inflexión en la normativa laboral, ya que afronta el tema del empleo desde la órbita ya no de la mera cantidad, sino buscando una mejor calidad, buscando solucionar algunos problemas que se vienen detectando, entre ellos, el más importante el del encadenamiento de contratos.

El Real Decreto- Ley nace del acuerdo entre la CEOE, CEPYME, UGT y CC. OO. , dentro de los diversos ámbitos que se han ido promocionando para el Diálogo Social. Pues bien, esta norma ha sido ya transformada por nuestras Cortes Generales en Ley 43/2006 de 29 de diciembre, y en ella se contempla también como tema de interés el del fenómeno de la subcontratación, buscando como señala la propia Exposición de Motivos *“asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva sea compatible con la protección de los trabajadores especialmente cuando se trate de empresas principal, contratista y subcontratista que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo”*⁴, añadiendo además el interés por deslindar estos supuestos que pueden producir en algunos casos supuestos de cesión ilegal, para lo cual incluso se produce lo que se señala como definición de cesión ilegal de trabajadores, más bien una descripción, de supuestos, eso sí recordando que la cesión legal de trabajadores sólo puede realizarse por las empresas de trabajo temporal.

En el tema de contratas y subcontratas, pues, en la línea de lo ya actuado en anteriores reformas, el art.42 ET viene a incluir las siguientes novedades:

1.- En el apartado 4 del art. 42 ET, aparece un nuevo concepto⁵, cual es el de empresa que comparta de forma continuada un mismo centro de trabajo, un caso que

⁴ Párrafo séptimo, apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre.

⁵ Al establecer en el párrafo segundo que: *“Cuando la empresa principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá de disponer de un libro*

fácilmente se encuentra con temas como limpieza, seguridad, entre otros. En este supuesto se establece un libro de registro que reflejará toda la información a que se refiere el mismo artículo, en el mismo apartado, respecto a todas las empresas afectadas. Esta información deberá contener el nombre o razón social, domicilio y NIF de la empresa contratista o subcontratista, el objeto, lugar y duración de la contrata, el número de trabajadores ocupados y las medidas preventivas de coordinación de actividades a efectos de la prevención de riesgos. Coincidiendo esta información con la que debe informar a los representantes de los trabajadores, e insistiendo con que, estará dicho libro a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

2.- Se añade un nuevo apartado 6,⁶ que establece que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas podrán plantear cuestiones a los representantes de los trabajadores de la empresa principal, entendemos que se trata de la representación unitaria, es decir delegados de personal o comités de empresa, por referirlo a la representación legal cuando carece de ella.

Se exige para ello la concurrencia de dos requisitos, uno que carezcan de representación legal propia, y además que se trate de temas relacionados a las condiciones de ejecución del trabajo por ejemplo problemas de vestuarios, y no relativos sólo a su empresa, por ejemplo, retrasos en el pago de los salarios.

3.- Pero para el supuesto en que sí cuenten representación legal, se adiciona en el art. 42 ET un nuevo apartado 7, que permite que los representantes legales, si los hubiere, de las empresas contratistas y subcontratistas, y para el supuesto que compartieran centro de trabajo de forma continuada, puedan reunirse para coordinarse entre ellos, y todo ello en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley. Referencia esta última que sólo plantea en el texto legal, es decir en el art. 81 del ET⁷, el uso de locales y

de registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes de los trabajadores”.

⁶ “6. Los trabajadores de las empresas contratista y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación.

Lo dispuestos en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende”.

⁷ Que tras la reforma efectuada, se adicionaba a su anterior redacción: “La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden en la empresa”. Sin que olvidemos que mantiene la misma redacción respecto del derecho al local para desarrollar sus actividades condicionado a que “sus características lo permitan” como también el que: “Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo”.

tablón de anuncios, recordando que en este supuesto de contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo, se permite que podrán hacer uso de dichos locales, remitiéndose a lo que se acuerde con la empresa.

El texto no resuelve las dudas sobre esas reuniones entre los representantes legales, no parece que estemos hablando de ningún órgano creado para este supuesto, por lo que nos encontramos con un tema que será desarrollado en el seno de la propia empresa principal, y quizás habría que entender que igual que lo referido a locales, debería de haber, un acuerdo colectivo con la empresa, cuyo contenido contemplara temas como el aviso previo de la reuniones, el momento de efectuarlas ya bien dentro o fuera de la jornada, sin o con crédito horario específico pero dentro del uso legal del que ya tienen, es decir, temas todos que dependerán de la facultad de autoorganización de los representantes de los trabajadores. Que entendemos estarán en la línea de poder continuar efectuando sus funciones de representación, a través de las reuniones en los locales cedidos por la empresa principal, en donde indirectamente sobre éste empresario principal recae la obligación de “facilitar” los locales que serán los medios que permitirán la celebración de esas reuniones entre ambas representaciones o por separado.⁸ Y en todo caso, será la negociación colectiva la encargada de determinar tanto la capacidad como el ámbito de actuación de la representación, al establecerlo así el art.42.7 ET, ante la falta de claridad del precepto.

3.- LA LEY 32/2006, REGULADORA DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN:

Durante mucho tiempo, se ha venido detectando que en el fenómeno de la alta siniestralidad de la construcción influyen diversos factores, como la temporalidad y variabilidad de cualquier obra, los contratos en precario de muchos trabajadores, etc..., pero sin duda uno de los factores que se ha venido resaltando por su carácter principal en esa siniestralidad, es el del fenómeno de la proliferación de empresas en un centro de trabajo, que es una obra. Ello conlleva a que en muchas ocasiones, ese factor de presencias conjuntas produzca una auténtica multiplicación de los riesgos.

⁸ Vid: MONEREO PÉREZ, J. L.: “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, Aranzadi Social, número 19, año 2006, [BIB 2006\2067] que considera que del precepto se desprende un “llamamiento de Acuerdo colectivo de empresa que determine las condiciones de utilización compartida o uso conjunto de los locales para celebrar reuniones internas entre las distintas representaciones legales de las empresas implicadas en el proceso de subcontratación”.

Ante este tema, y sin olvidar que el fenómeno de la subcontratación obedece a características propias del sector, “*tradición*” le llama la Exposición de Motivos, y a las necesidades de los procesos de externalización productiva o de la especialización, tampoco se puede obviar la necesidad de controlar el proceso que puede llevar a abusos, ya que pueden proliferar empresas sin organización productiva, y a la larga, como dice también la propia Exposición de Motivos “*los indicados excesos de subcontratación pueden facilitar la aparición de prácticas incompatibles con la seguridad y salud en el trabajo*”.⁹

La Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción¹⁰, pretende resolver los graves problemas que, insistimos, vienen planteando el fenómeno de la subcontratación, recortando su uso, como luego veremos, hasta el tercer nivel, y además estableciendo una serie de cautelas:

- a) Exige determinadas condiciones, limitadas y muy rígidas, para que puedan efectuarse subcontrataciones a partir de ese tercer nivel.
- b) Las empresas que quieran trabajar como contratista o subcontratista vienen precisadas a ofrecer unas garantías en cuanto calidad, solvencia, y también en cuanto a que deberán acreditar la formación en prevención de sus trabajadores.
- c) Se establece la obligatoriedad de que dichas empresas tengan en su seno un empleo estable, estableciéndose un porcentaje de la plantilla con trabajadores indefinidos, que comienza en el diez por ciento de la plantilla para llegar a un treinta por ciento.
- d) Se establecen sistemas de control documental de los trabajos, permitiendo así una mayor transparencia en las obras de construcción, a través del Libro de Subcontratación, al que se tiene amplio acceso, como luego veremos.

3.1.- OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY:

La Ley tiene un claro objetivo, cual es el regular la subcontratación en el sector de la construcción, estableciendo en su art.2 cuáles son los trabajos de construcción que

⁹ Último punto del Párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Contratación. Y, como mantiene la doctrina, esta Ley “*trata de hacer frente al gravísimo problema de la siniestralidad laboral en el sector de la construcción*”, vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: “*La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo*”. Aranzadi Social núm. 19, año 2006 [BIB 2006\2067]

¹⁰ BOE de 19 de octubre.

se constituyen en objeto de Ley¹¹, estableciendo una descripción de los trabajos que se efectúan desde que se inicia una obra hasta su terminación, y los que se puedan efectuar en toda obra de construcción, ya sea pública o privada, de construcción o de ingeniería civil.

El artículo 3 contempla un amplio capítulo de definiciones, que no plantean novedades, aunque sí aclara, de acuerdo con la Jurisprudencia, el concepto de promotor¹², y el de contratista o empresario principal¹³, pudiendo coincidir o no ambas figuras.

Se define el concepto de subcontratista, como aquel que asume el compromiso de realizar parte o unidades de obra, bien con contrato con el contratista principal o con otro subcontratista, y que se sujetará al proyecto por el que se rige la ejecución de la obra. También aparece una clarificación en este sentido que llevaría a denominarse primer subcontratista al que tiene como comitente al contratista, el segundo el contratista de aquel y así sucesivamente¹⁴.

La Ley sí que aporta dos novedades importantes. Por un lado el trabajador autónomo¹⁵, que asume partes de obra o instalaciones, y lo puede efectuar de forma personal o individual, es decir por él mismo, o bien empleando trabajadores por cuenta ajena, y en este último caso tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los

¹¹ Así, conforme el párrafo segundo de dicho artículo, se relacionan los trabajos objeto de la ley y que serán los de: “Excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento.

¹² Así, conforme el Art. 3 b) tendrá la consideración de “Promotor: cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra”

¹³ Define, en el apartado e) del art. 3, al contratista o empresario principal como “la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato.” Pero aclarando, en el segundo párrafo de dicho artículo que “Cuando el promotor realice directamente con medios materiales y humanos propios la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrá también la consideración de contratista a los efectos de la presente Ley; asimismo, cuando la contrata se haga con una Unión Temporal de Empresas, que no ejecute directamente la obra, cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de la obra que ejecute.

¹⁴ Cuando, en el apartado f): “Subcontratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente.”

¹⁵ Al definirlo en el apartado g) como “la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplea en la obra trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la presente Ley”

efectos de la Ley, ocupando por lo tanto un nivel y evitando así el fraude que podría cometerse.

También es importante en este sentido que se definan tanto la subcontratación como el nivel, calificando al primera como *práctica mercantil de organización productiva* por la cual se encarga parte del trabajo por parte del contratista o subcontratista *a otro subcontratista o a un trabajador autónomo*¹⁶. Y el nivel será cada uno de los escalones en que se va desarrollando el trabajo¹⁷.

3.2-REQUISITOS DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS O SUBCONTRATISTAS:

El legislador establece, en el artículo 4 de la Ley, una serie de requisitos exigibles tanto a los contratistas, como a los subcontratistas, buscando evitar la existencia de falsas empresas, sin solvencia, sin medios que son además fuentes peligrosas de accidentes. En este sentido se establecen:

- a) Deben tratarse de empresas reales, con una organización productiva propia, lo que incluye los medios materiales y personales necesarios para poder realizar su actividad, asumiendo también lo que define el propio concepto de empresa, es decir, asumiendo los riesgos, responsabilidades y obligaciones que conlleva toda actividad empresarial. (Art. 4. 1 a) y b))
- b) Para evitar el fraude tanto respecto a empresas como a autónomos, se establece (Art. 4 1 c) que ambos deben ser los que organicen y dirijan sus trabajos y en el caso de los autónomos, que los sean realmente, aunque en ambos supuestos cabe el sometimiento a las órdenes generales de planificación y ejecución de la obra que le correspondería al contratista principal.
- c) Se establece (Art. 4.2 a)) la necesidad de que se disponga de personal con la formación necesaria en prevención de riesgos, y tanto para el personal directivo como para la mano de obra directa, y deberá tener uno de los modelos de organización de los previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
- d) Se crea un registro de Empresas acreditadas (Art. 6), que dependerá de la Autoridad de la Comunidad Autónoma, en donde se encuentre el domicilio social de la empresa, estableciendo un sistema de comunicación de todos los

¹⁶ Art. 3 h) Ley 32/2006 de 18 de octubre.

¹⁷ En el apartado i) del art. 3 al decir que será “*cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor*”.

registros y las formas de acceso, así como se establece que reglamentariamente se establecerá tanto la forma como los contenidos de dicho registro, y algo importante la inscripción tendrá validez para todo el territorio nacional. Se pretende con este registro dotar de un mayor rigor y transparencia para los contratantes a la hora de efectuar las contrataciones y subcontrataciones. Para ello las empresas acreditarán cumplir los requisitos que hemos venido reseñando en los puntos anteriores, mediante el sistema de efectuar una declaración documental, de que cumplen los requisitos (Art. 4.3), algo que se concretará también en cuanto a forma y contenido en el desarrollo reglamentario.

- e) La novedad más importante de la Ley, sin embargo, se encuentra en el tema del empleo en estas empresas¹⁸, ya que aquellas que se contraten “*habitualmente*” en trabajos de obras de construcción, se ven obligadas a tener una parte de la plantilla con trabajadores que tengan un contrato indefinido, porcentaje que se inicia con un diez por ciento desde la fecha de entrada en vigor de la Ley y durante los primeros dieciocho meses de su vigencia, continúa con un veinte por ciento en el periodo del mes decimonoveno al trigésimo sexto para llegar a ser del treinta por ciento a partir del mes trigésimo séptimo inclusive, aunque se advierte que la forma de efectuar el cómputo vendrá determinado de forma reglamentaria y no podemos saber si también se establecerá algún criterio para definir el concepto de *habitualidad*, aunque en este caso entendemos bastará con analizar el volumen de actividad económica de la empresa y ver qué parte es la dedicada a las obras de construcción.

3.3. -RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 5 de la Ley constituye, sin duda, el punto central de la reforma operada. La norma parte de un principio que se recalca, cual es que la subcontratación es un fenómeno existente en el sistema productivo de las empresas, y constituye una forma de organización productiva que como tal es legítimo, y que por lo tanto no puede ser limitado.

¹⁸ Tal y como se establece en el apartado 4 del Art. 4: “*Las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados de carácter indefinido que no será inferior al 10 por ciento durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20 por ciento durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30 por ciento a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive*”.

Sin embargo, la realidad de lo observado en numerosas obras en las que se detectan graves abusos, y su relación directa y constatada con la siniestralidad, llevan a que el legislador señale que no puede ser limitada, “*salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta ley*”. Es decir, se va a controlar el uso de la subcontratación en virtud de las razones a que antes hemos hecho referencia.

Así pues, se establece un régimen general que lo que hace es limitar hasta el tercer nivel la posibilidad de efectuar subcontrataciones, y ello se concreta desde el momento y punto inicial. El promotor será el que podrá contratar directamente con los contratistas que estime oportuno, siendo indiferente que se trate de personas físicas o jurídicas (Art. 5.2 a)).

El contratista principal, o el promotor si asumiera tales funciones, podrá dar a contratar la ejecución de los trabajos que hubiera contratado con el promotor, y lo podrá hacer tanto con empresas contratistas, como con trabajadores autónomos (Art. 5.2 b)), figura que aparece en la ley¹⁹, dada la relevancia e importancia que puede tener.

Y aquí surge la novedad (Art. 5.2 c)) pues sólo se va a permitir la subcontratación sucesiva a los que lo realicen estando en el primer o en el segundo nivel, de acuerdo con el concepto del artículo 3º a que antes hacíamos referencia, es decir, a los escalones en que se estructura el sistema de subcontratación para desarrollar el total o parte de la obra que asume el contratista en virtud del contrato que tiene con el promotor. Así, el tercer subcontratista no podría ya subcontratar aquellos trabajos que venga realizando en virtud de su contrato, ni con otras empresas subcontratistas ni con trabajadores autónomos. Se produce pues aquí el fin de la subcontratación, el límite real al exceso de empresas en las obras.

Esta regla general del tercer nivel tiene, sin embargo, dos limitaciones y unas posibilidades de excepción. En el primer caso, se trata de una prohibición general de subcontratar a aquellas empresas que sólo colaboran en la obra aportando mano de obra, es decir trabajadores cuyo único trabajo se realice con herramientas manuales, o motorizadas portátiles, y que los otros equipos de trabajo sean de otras empresas de la obra. Pensemos en una empresa de albañilería, que sólo aporta albañiles con sus herramientas manuales, o con sierras de disco propias, pero que obviamente usará los

¹⁹ Vid: MARTÍNEZ BARROSO, M. R :“ *La existencia del deber de vigilancia empresarial en las contrataciones a los trabajadores autónomos, tras la entrada en vigor de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*”. Aranzadi Social, núm. 18, año 2006 [BIB 2006\1992]

materiales de la hormigonera de la obra o los medios para subirlos a las plantas, por ejemplo, montacargas del contratista principal.

Parece claro que en este supuesto no puede haber ninguna razón para subcontratar, salvo para realizar abusos, como sería el crear unidades falsas de obra, como serían albañilería de interior o exterior, distinguiendo tipos de paredes, etc. y que lo que deberá hacerse será contratar la propia empresa más trabajadores si hay mayor cantidad de trabajo, no pudiendo recurrir a otra subcontratación.

Tampoco se permite (Art. 5,2 e)) la subcontratación y con carácter general, cuando se trate de trabajadores autónomos, que por lo tanto no podrá subcontratar los trabajos a ellos encomendados, ni con otros trabajadores autónomos ni con empresas subcontratistas.

El legislador, sin embargo, establece una posibilidad de extender el tercer nivel²⁰ a que antes hemos hecho referencia, pero es una posibilidad excepcional, y como tal restrictiva, y que sólo puede obedecer a cuatro causas:

- a) casos fortuitos
- b) exigencias de especialización
- c) complicaciones técnicas
- d) fuerza mayor

Si descendemos al detalle, es obvio que en un derribo puede surgir la aparición de materiales, o riesgos imprevistos, en una excavación pueden aparecer dificultades añadidas en los trabajos por las características del terreno, o unas fuertes lluvias pueden exigir que tengamos que contratar empresas con medios especializados para el rápido secado y extracción de agua, es decir, en todos estos casos habría una justificación obvia para la aparición de un nivel adicional.

Ahora bien, para ello se requiere que la dirección facultativa de la obra lo justifique y lo apruebe, señalando la causa o causas que den lugar a dicha situación excepcional, lo anotará en el Libro de Subcontratación, y además de que dicho Libro

²⁰ Al establecer en el primer párrafo del apartado 3 del art. 5: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando en casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra, fuera necesario, a juicio de la dirección facultativa, la contratación de alguna parte de la obra con terceros, excepcionalmente se podrá extender la subcontratación establecida en el apartado anterior en un nivel adicional, siempre que se haga constar por la dirección facultativa su aprobación previa y al causa o causas motivadoras de la misma en el Libro de Subcontratación al que se refiere el artículo 7 de esta Ley”. Y añadiendo en el segundo párrafo la excepción ante la concurrencia de fuerza mayor al decir que “No se aplicará la ampliación excepcional de la subcontratación prevista en el párrafo anterior en los supuestos contemplados en las letras e) y f) del apartado anterior, salvo que la circunstancia motivadora se la de fuerza mayor”

esté a disposición de todos los implicados en la obra a los que luego haremos referencia, se señala expresamente que se pondrá en conocimiento tanto del coordinador de seguridad y salud, como de todos los representantes de los trabajadores de las empresas que se encuentren en el ámbito de aplicación de sus trabajos, porque pueden verse afectadas, y además en el plazo de los cinco días hábiles siguientes, lo pondrá en conocimiento de la Autoridad Laboral, en tal caso además de la anotación en el Libro se habla de un informe expreso de la dirección facultativa señalando las causas de su necesidad, algo que puede aparecer como reiterativo a lo ya contenido en el Libro o que puede ser ampliatorio de aquel, y en todo caso lo lógico es que tal informe lo tramita la Autoridad Laboral tanto a sus propios servicios técnicos, como en especial a la Inspección de Trabajo.

Nos encontramos pues ante unos supuestos excepcionales, que el legislador ha procurado rodear de todas las garantías necesarias para que sean realmente excepcionales, obedezcan a unas razones tasadas y justificadas y controlables par evitar que sean un mal uso de la ley.

Este nivel adicional, sin embargo, no podrá realizarse nunca ni por trabajadores autónomos, ni tampoco por aquellas empresas a que antes hacíamos referencia como de fundamentalmente aportación de mano de obra.

3.4. -REGISTRO DE EMPRESAS ACREDITADAS:

Como una garantía adicional, y en línea con lo sucedido en otras legislaciones, se va a crear el Registro de Empresas (art. 6). Este Registro tendrá carácter autonómico, y por lo tanto, la inscripción deberá hacerse por cada empresa en la Comunidad en la que aquella tenga el domicilio social, aunque la inscripción lógicamente tendrá luego carácter nacional, y aquí se señala que será un registro de datos de acceso público, obviamente como dice el legislador salvaguardando el respeto a los datos que afectan al derecho a la intimidad.

Habrà, sin embargo que esperar al desarrollo reglamentario que deberá determinar capítulos y temas tan importantes, como cuál será el contenido de los datos a aportar al Registro, la forma de la inscripción, y los efectos, pero sobre todo la necesidad de un sistema que permita la coordinación de todos los registros.

3.5.- EL LIBRO DE SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 8 de la Ley plantea el Libro de Subcontratación, en la línea del Libro Registro que también establece en la reforma que se opera en el art. 42 E.T²¹..

Este libro es el principal documento que permitirá durante la realización de una obra, el poder conocer y controlar el cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la misma, y así se indica, en primer lugar, que deberá permanecer en todo momento en la obra, y que reflejará, siempre en orden cronológico, todas las subcontrataciones realizadas, detallando todas las operaciones que deben incluirse en las anotaciones,, con identificaciones tanto de las empresas, como de las personas responsables, así como que deberá señalarse el nivel que corresponde a cada subcontratación, y las acreditaciones de las obligaciones en materia de prevención de riesgos.

Este es un Libro al que tendrán acceso desde el coordinador, las empresas implicadas, y por supuesto la Autoridad Laboral, los técnicos de prevención, los delegados de prevención y los representantes de los trabajadores en todas las empresas que intervengan en la obra. Este libro se determina que reglamentariamente se establecerán sus condiciones, y sus contenidos.

Asimismo, se produce una importante novedad, dado que el texto de la Ley contempla la previsión de que se va a revisar toda la documentación existente ahora en la empresa, buscando con ello el conseguir una unificación y simplificación de dicha documentación.

En este sentido, es importante el art.10 que plantea la documentación que acredite la formación preventiva de los trabajadores, aunque es un artículo que puede quedar muy inconcreto, ya que en primer lugar vuelve a recordar la obligación general de las empresas de velar porque los trabajadores tengan la formación necesaria y adecuada en el tema de prevención, así como se remite a la posibilidad de que la negociación colectiva “*pueda*” establecer aquellos programas de formación que puedan ser individualizados por puestos de trabajo, pero quizás hubiera sido de desear el “*deba*” en lugar del “*pueda*” haciendo tal cláusula contenido obligatorio del convenio en un sector tan peligroso como este.

²¹ Vid: SEMPERE NAVARRO, A. V.: “*Los fenómenos interempresariales y el nuevo Libro registro tras el Real Decreto Ley 5/2006: un esquema*”. Aranzadi Social, números 7-8 año 2006 [BIB 2006/926]

También se plantea el tema del documento acreditativo de la formación preventiva específica que haya recibido cada trabajador, abriendo una doble posibilidad, que esta regulación la efectúe la propia negociación colectiva del sector, o bien se haga reglamentariamente.

Este documento, sin embargo, ofrece fuertes dosis de voluntarismo a la hora de definirlo, porque su diseño, ejecución y expedición puede, es decir es una posibilidad, realizarse a través de los órganos paritarios de los convenios sectoriales estatales, en colaboración con la Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Si unimos esta redacción posibilista con el párrafo anterior, que habla de una doble vía, podríamos habernos encontrado con el retraso en la regulación de un tema que pensamos es necesario sea tratado de forma más urgente, aunque parece, según algunas fuentes²², puede estar cercana su aprobación en el seno de la Fundación Laboral de la Construcción. Se tratará de un documento con validez para cinco años y que al renovarse se debería volver a acreditar la formación.

Por último, en el texto legal habían surgido dudas respecto a la titularidad de los bienes utilizados por las empresas, y en concreto sobre el título que debían tener las empresas sobre tales bienes, dado que en el artículo cuatro y al hablar de los requisitos exigibles a las empresas, tanto contratistas como subcontratistas, se refiere a que deben tener una organización productiva propia, que justifique y establece de forma clara su realidad como tal empresa evitando existan empresas creadas artificialmente por otras para diluir responsabilidades, y que carezcan de cualquier elemento de aquellos que la jurisprudencia ha considerado deben existir para que exista tal realidad empresarial.

Es claro que el artículo octavo habla de posesión de la maquinaria, que lo puede ser por ejemplo por alquiler, pensemos en los grandes equipos de trabajo, de muy alto coste o muy especializados, por lo tanto no debe entenderse exista contradicción entre ambos planteamientos. Por un lado deben disponer de una auténtica empresa, pero a su vez esta puede utilizar equipos que obviamente puede recabar de otras empresas.

3.6. -INFRACCIONES Y SANCIONES:

La Ley contiene una amplia reforma de la normativa en materia de infracciones y sanciones en el orden social²³ (LISOS). Así en primer lugar en las

²² Gaceta Prevención (Lex Nova) Año III, núm. 55, de 19 de marzo de 2007.

²³ Nos referimos al RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

infracciones en materia laboral, en concreto, y como infracción muy grave, se define en el artículo 8²⁴ el incumplimiento de la obligación de fijeza en la plantilla establecida en esta Ley, y que se concretará en un posterior desarrollo reglamentario.

Pero es en materia de prevención de riesgos en donde se producen las mayores novedades. Así en el art. 11 LISOS, se establecen dos nuevas infracciones de carácter leve, cuales son el “*no disponer en la obra de construcción del Libro de Subcontratación*” (art. 11.6 LISOS), y “*no disponer el contratista o subcontratista de la documentación o título*” que le permita acreditar estar en posesión de la maquinaria que utiliza (art. 11.7 LISOS).

Son pues obligaciones de carácter formal o documental que se consideran leves, aunque maticemos que en el primer supuesto será el no disponer del Libro en la obra, en el momento de la visita, pero luego será grave el no llevarlo en orden al día, con lo cual presupone que será también el no tenerlo en absoluto, porque en caso contrario sería una contradicción.

Como infracciones graves, en materia de prevención de riesgos, se detallan tres nuevos apartados en el art.12 LISOS, en concreto el punto 27 se refiere a las obligaciones del *subcontratista*, en concreto sancionan, en el apartado a), los incumplimientos *del deber de acreditar* que se dispone de los recursos humanos, que se tiene un sistema de organización de la prevención adecuado y que se encuentra inscrita en el Registro de Empresas. Por otro lado se sanciona, en el apartado b), el incumplimiento *de la obligación de comunicar los datos* necesarios para que pueda ser cumplimentado correctamente el Libro de Subcontratación, y por último, en el apartado c), superar los niveles permitidos de subcontratación o permitirla en los ámbitos excluidos de ejecución de subcontrataciones.

El punto 28, del artículo 12, se refiere a las obligaciones del *contratista*, repitiendo las que contemplan *supuestos no previstos*, o de *acreditar los medios* de que disponen, y, como hemos significado antes, el *no llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación* y como infracción particular y concreta del contratista *la vulneración de los derechos de información sobre las contratas y subcontratas* que se realicen, y que debe facilitar a los representantes de los trabajadores.

²⁴ Así se introduce en la Disposición adicional primera de la Ley, con el siguiente texto: “16. El incumplimiento de la normativa sobre limitación de la proporción mínima de trabajadores contratados con carácter indefinido contenida en la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y en su reglamento de aplicación”

Por último, el punto 29 contiene una sanción específica del *promotor*, ya que lo será el certificar, *sin que concurran las causas*, por parte de la dirección facultativa que se da un supuesto de *ampliación* de niveles de subcontratación.

La reforma del art. 13 LISOS contiene las mismas infracciones referidas en el ámbito del *subcontratista*, *al deber de acreditación* de los recursos (apartado 15 a), a utilización indebida de la *subcontratación* en supuestos *no permitidos* (apartado 15 b), incluyendo el supuesto de que se faciliten *datos falsos al contratista o al subcontratista* (apartado 15 c) para el que trabaje, incumpliendo los requisitos legales. En los dos primeros casos, será muy grave cuando se trate de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y la salud de los trabajadores en el sector de la construcción, contenidos en el anexo II del RD 1627/1997.

En relación con los *contratistas* (apartado 16), también se considerarán muy graves en el caso de dichos trabajos con *riesgos especiales* (apartado 16 a)), los incumplimientos en relación con *el deber de acreditar* (apartado 16 b)) de sus medios o realizar supuestos prohibidos superando los niveles permitidos (apartado 16 c)).

Y por último, en el apartado 17, y para el caso de *trabajos con riesgos especiales*, y tratándose de *promotores*, se considerará muy grave la actuación de la dirección facultativa ampliando un nivel sin causa.

3.7.- OTRAS CUESTIONES:

La Ley contiene una serie de normas en sus Disposiciones adicionales segunda y tercera, referidas, en el primer supuesto a aquellas otras incluidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la Disposición adicional tercera²⁵ permite que la negociación colectiva del sector, a nivel estatal, realice (“*podrá*”) un adaptación de la actual regulación normativa del contrato de obra o servicio determinado para poder conseguir una mejora en la situación del empleo. Hemos de precisar que esta Disposición adicional tercera, la consideramos necesaria dada la reforma normativa introducida en el párrafo 5 de art. 15 ET a través de la Ley 43/2006 sobre encadenamiento de los contratos temporales, entre ellos los de obra o servicio determinado, que son los típicos

²⁵ Así establece que “*Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio de terminado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación.*”

del sector de la construcción, y que los limita a veinticuatro meses de duración en un periodo de treinta meses y en su párrafo segundo encomienda, a la negociación colectiva, establecer los requisitos necesarios para evitar una utilización excesiva. Lógicamente con la actual regulación contenida en el convenio estatal del sector²⁶ que prevé la duración del contrato de obra o servicio por un periodo de treinta y seis meses, si no existe esa adaptación, difícilmente podemos esperar el cumplimiento del precepto legal.

Por último, y tras cifrar la entrada en vigor en seis meses, es decir, hasta el 19 de abril de 2007, se establece una ficha en el anexo provisional hasta en tanto aparezca desarrollado reglamentariamente el libro de subcontratación.

²⁶ Resolución de 26 de julio de 2002, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio Colectivo General del sector de la Construcción 2002-2006, que en su artículo 28 para el contrato “*fijo de obra*” cuyo objeto es el contenido en el art. 15 1 a) ET, prevé que podrá trabajar en distintos centros de trabajo sucesivos durante un máximo de tres años, previendo que incluso puedan prolongarse más allá sin perder el carácter temporal, al contraponerlo, en el art. 28, al contrato “*fijo de plantilla*”.

“LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.”

Por María Angeles Burgos Giner. Profesora Titular EU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universitat Jaume I Castellón., y Vicente Sampedro Guillamón. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

1.-INTRODUCCIÓN:

La evolución de las relaciones laborales, y de la legislación que las regula, viene ajustándose a los cambios que en los sistemas económicos y productivos se vienen produciendo. Así tras la llamada crisis del petróleo, surgió el llamado, a su vez, derecho del Trabajo de la crisis y algunos de los principios que parecía inmutables van sufriendo fuertes golpes que llegan a desnaturalizarlos, por ejemplo al existir un “contrato temporal de fomento del empleo¹”, no causal. Aunque también es lo cierto que los gobiernos y las legislaciones han comprobado que se habían producido muchos abusos y han querido volver atrás, como lo sucedido en nuestro país en la reciente reforma laboral².

Sin embargo, hay algunos cambios que no van a desaparecer, y entre ellos se citaría a los fenómenos de la descentralización productiva o a la externalización de funciones, a través de las figuras de las contratatas y subcontratatas como medios para auxiliarse las empresas y así poder dar cumplimiento a los compromisos adquiridos. Ya que, como ha señalado la doctrina, al referirse a la descentralización productiva, debe de “contemplarse como una técnica de gestión”, sin olvidar que cuenta con un instrumento, que es la flexibilidad, ya que “la cuestión de fondo es la relativa a su utilización para

¹ Sería el caso, por ejemplo del RD 1989/1984, de 17 de octubre y todas las intervenciones normativas flexibilizando la contratación temporal. Ya que si recordamos, en la redacción dada art. 17.3 del E.T./1980 se contemplaba la habilitación dada al Gobierno para la adopción de medidas que facilitarían la colocación de trabajadores demandantes de empleo, y bajo esta cobertura legal aparece una modalidad contractual de carácter coyuntural: la contratación temporal de fomento del empleo, que fue muy utilizada hasta la reforma del ET en 1995, y que en la actualidad queda solamente vigente para los trabajadores con discapacidad de acuerdo con la Disposición Adicional primera de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo. Sobre la temporalidad como medida de fomento del empleo: vid. SEGURA, J, DURÁN, F, TOHARIA, L y BENTOLILA, S: “Análisis de la contratación temporal en España”, Madrid, 1991, MTSS, en especial pág .25. ELORDI DENTICI, A, DEL REY GUANTER, S, SERRANO MARTÍNEZ, J Y GALA DURÁN, C: “Trabajo, temporalidad y Empresas de Trabajo temporal en España”, Madrid 2001, Agett, en especial págs. 129 y sgs; sobre la evolución del empleo temporal entre 1976 y 2001.

² Nos referimos a la operada a través del RD Ley 5/2006 de 9 de junio y que se convirtió en la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo.

reducir costes y hacer posible un uso flexible de la mano de obra mediante la diversificación de las fuentes de aportación del volumen de mano de obra que la empresa precisa para su funcionamiento”³. En el primer caso, los trabajos son dados a las empresas fuera de la principal, por ejemplo los talleres en el sector de la confección, o incluso a países llamados del tercer mundo, y en el supuesto de la externalización de funciones, la empresa va desgajando las labores no directamente relacionadas con su trabajo central, y las va dejando en mano de terceras empresas que realizan sus trabajos en su propio centro de trabajo.

Puede parecer extraño, pero ahora se pretende que una empresa que fabrique azulejos, se dedique solamente a eso, pero es obvio que ahora el personal dedicado a limpieza, a mantenimiento, a seguridad no es de la propia empresa sino que es contratado a empresas terceras que prestarán allí sus servicios.

Incluso en un paso más, los propios trabajos centrales del proceso productivo, pueden ser cubiertos en caso de necesidades extraordinarias, por ejemplo aumentos de pedidos o bajas de varios trabajadores por enfermedad, bien por contratos de duración determinada contratados por la propia empresa o bien recurriendo a una empresa de trabajo temporal, en un fenómeno que hemos denominado siempre cesión de trabajadores, antes ilícito administrativo, incluso penal, pero que ahora sólo lo será en el caso de efectuarse fuera de una empresa de trabajo temporal, o de la regulación normativa de estas.

Si esta situación es general en la mayor parte de empresas, sea cual sea su tamaño y su sector, el tema se vuelve más preocupante cuando hablamos de las obras de construcción. En ellas confluyen siempre varias empresas que se corresponden con las distintas unidades de una obra, y a su vez estas contratistas vuelven a subcontratar parte de sus trabajos a unos subcontratistas o a trabajadores autónomos.

En principio, cualquier presencia de varias empresas en un mismo lugar de trabajo siempre entraña un riesgo añadido, podríamos decir que los riesgos de cada trabajo se van acumulando, y más aún si consideramos el sector de la construcción, en que ya no se acumulan sino que se multiplican y son una de las causas que producen la alta siniestralidad del sector.

³ Tal y como lo ha expresado RIVERO LAMAS, J : “*La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*” en AA.VV.: “*Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*” X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid 2000, MTSS, pag. 81.

Por ello, el legislador ha venido introduciendo reformas en el tema de las contratas y subcontratas, en general y en cualquier empresa, y en mayor detalle y con una dirección centrada en la prevención de riesgos laborales, en el sector de la construcción. A estas dos reformas normativas vamos a referirnos.

2.- REFORMAS EN LA NORMATIVA GENERAL:

El pasado mes de junio de 2006, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado, en concreto el del día 14, el Real Decreto- Ley 5/2006 de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo. Estamos ante una norma que, sin duda, constituye un punto importante de inflexión en la normativa laboral, ya que afronta el tema del empleo desde la órbita ya no de la mera cantidad, sino buscando una mejor calidad, buscando solucionar algunos problemas que se vienen detectando, entre ellos, el más importante el del encadenamiento de contratos.

El Real Decreto- Ley nace del acuerdo entre la CEOE, CEPYME, UGT y CC. OO. , dentro de los diversos ámbitos que se han ido promocionando para el Diálogo Social. Pues bien, esta norma ha sido ya transformada por nuestras Cortes Generales en Ley 43/2006 de 29 de diciembre, y en ella se contempla también como tema de interés el del fenómeno de la subcontratación, buscando como señala la propia Exposición de Motivos *“asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva sea compatible con la protección de los trabajadores especialmente cuando se trate de empresas principal, contratista y subcontratista que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo”*⁴, añadiendo además el interés por deslindar estos supuestos que pueden producir en algunos casos supuestos de cesión ilegal, para lo cual incluso se produce lo que se señala como definición de cesión ilegal de trabajadores, más bien una descripción, de supuestos, eso sí recordando que la cesión legal de trabajadores sólo puede realizarse por las empresas de trabajo temporal.

En el tema de contratas y subcontratas, pues, en la línea de lo ya actuado en anteriores reformas, el art.42 ET viene a incluir las siguientes novedades:

1.- En el apartado 4 del art. 42 ET, aparece un nuevo concepto⁵, cual es el de empresa que comparta de forma continuada un mismo centro de trabajo, un caso que

⁴ Párrafo séptimo, apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre.

⁵ Al establecer en el párrafo segundo que: *“Cuando la empresa principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá de disponer de un libro*

fácilmente se encuentra con temas como limpieza, seguridad, entre otros. En este supuesto se establece un libro de registro que reflejará toda la información a que se refiere el mismo artículo, en el mismo apartado, respecto a todas las empresas afectadas. Esta información deberá contener el nombre o razón social, domicilio y NIF de la empresa contratista o subcontratista, el objeto, lugar y duración de la contrata, el número de trabajadores ocupados y las medidas preventivas de coordinación de actividades a efectos de la prevención de riesgos. Coincidiendo esta información con la que debe informar a los representantes de los trabajadores, e insistiendo con que, estará dicho libro a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

2.- Se añade un nuevo apartado 6,⁶ que establece que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas podrán plantear cuestiones a los representantes de los trabajadores de la empresa principal, entendemos que se trata de la representación unitaria, es decir delegados de personal o comités de empresa, por referirlo a la representación legal cuando carece de ella.

Se exige para ello la concurrencia de dos requisitos, uno que carezcan de representación legal propia, y además que se trate de temas relacionados a las condiciones de ejecución del trabajo por ejemplo problemas de vestuarios, y no relativos sólo a su empresa, por ejemplo, retrasos en el pago de los salarios.

3.- Pero para el supuesto en que sí cuenten representación legal, se adiciona en el art. 42 ET un nuevo apartado 7, que permite que los representantes legales, si los hubiere, de las empresas contratistas y subcontratistas, y para el supuesto que compartieran centro de trabajo de forma continuada, puedan reunirse para coordinarse entre ellos, y todo ello en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley. Referencia esta última que sólo plantea en el texto legal, es decir en el art. 81 del ET⁷, el uso de locales y

de registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes de los trabajadores”.

⁶ “6. Los trabajadores de las empresas contratista y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación.

Lo dispuestos en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende”.

⁷ Que tras la reforma efectuada, se adicionaba a su anterior redacción: “La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden en la empresa”. Sin que olvidemos que mantiene la misma redacción respecto del derecho al local para desarrollar sus actividades condicionado a que “sus características lo permitan” como también el que: “Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo”.

tablón de anuncios, recordando que en este supuesto de contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo, se permite que podrán hacer uso de dichos locales, remitiéndose a lo que se acuerde con la empresa.

El texto no resuelve las dudas sobre esas reuniones entre los representantes legales, no parece que estemos hablando de ningún órgano creado para este supuesto, por lo que nos encontramos con un tema que será desarrollado en el seno de la propia empresa principal, y quizás habría que entender que igual que lo referido a locales, debería de haber, un acuerdo colectivo con la empresa, cuyo contenido contemplara temas como el aviso previo de la reuniones, el momento de efectuarlas ya bien dentro o fuera de la jornada, sin o con crédito horario específico pero dentro del uso legal del que ya tienen, es decir, temas todos que dependerán de la facultad de autoorganización de los representantes de los trabajadores. Que entendemos estarán en la línea de poder continuar efectuando sus funciones de representación, a través de las reuniones en los locales cedidos por la empresa principal, en donde indirectamente sobre éste empresario principal recae la obligación de “facilitar” los locales que serán los medios que permitirán la celebración de esas reuniones entre ambas representaciones o por separado.⁸ Y en todo caso, será la negociación colectiva la encargada de determinar tanto la capacidad como el ámbito de actuación de la representación, al establecerlo así el art.42.7 ET, ante la falta de claridad del precepto.

3.- LA LEY 32/2006, REGULADORA DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN:

Durante mucho tiempo, se ha venido detectando que en el fenómeno de la alta siniestralidad de la construcción influyen diversos factores, como la temporalidad y variabilidad de cualquier obra, los contratos en precario de muchos trabajadores, etc..., pero sin duda uno de los factores que se ha venido resaltando por su carácter principal en esa siniestralidad, es el del fenómeno de la proliferación de empresas en un centro de trabajo, que es una obra. Ello conlleva a que en muchas ocasiones, ese factor de presencias conjuntas produzca una auténtica multiplicación de los riesgos.

⁸ Vid: MONEREO PÉREZ, J. L.: “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, Aranzadi Social, número 19, año 2006, [BIB 2006\2067] que considera que del precepto se desprende un “llamamiento de Acuerdo colectivo de empresa que determine las condiciones de utilización compartida o uso conjunto de los locales para celebrar reuniones internas entre las distintas representaciones legales de las empresas implicadas en el proceso de subcontratación”.

Ante este tema, y sin olvidar que el fenómeno de la subcontratación obedece a características propias del sector, “*tradición*” le llama la Exposición de Motivos, y a las necesidades de los procesos de externalización productiva o de la especialización, tampoco se puede obviar la necesidad de controlar el proceso que puede llevar a abusos, ya que pueden proliferar empresas sin organización productiva, y a la larga, como dice también la propia Exposición de Motivos “*los indicados excesos de subcontratación pueden facilitar la aparición de prácticas incompatibles con la seguridad y salud en el trabajo*”.⁹

La Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción¹⁰, pretende resolver los graves problemas que, insistimos, vienen planteando el fenómeno de la subcontratación, recortando su uso, como luego veremos, hasta el tercer nivel, y además estableciendo una serie de cautelas:

- a) Exige determinadas condiciones, limitadas y muy rígidas, para que puedan efectuarse subcontrataciones a partir de ese tercer nivel.
- b) Las empresas que quieran trabajar como contratista o subcontratista vienen precisadas a ofrecer unas garantías en cuanto calidad, solvencia, y también en cuanto a que deberán acreditar la formación en prevención de sus trabajadores.
- c) Se establece la obligatoriedad de que dichas empresas tengan en su seno un empleo estable, estableciéndose un porcentaje de la plantilla con trabajadores indefinidos, que comienza en el diez por ciento de la plantilla para llegar a un treinta por ciento.
- d) Se establecen sistemas de control documental de los trabajos, permitiendo así una mayor transparencia en las obras de construcción, a través del Libro de Subcontratación, al que se tiene amplio acceso, como luego veremos.

3.1.- OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY:

La Ley tiene un claro objetivo, cual es el regular la subcontratación en el sector de la construcción, estableciendo en su art.2 cuáles son los trabajos de construcción que

⁹ Último punto del Párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Contratación. Y, como mantiene la doctrina, esta Ley “*trata de hacer frente al gravísimo problema de la siniestralidad laboral en el sector de la construcción*”, vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: “*La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo*”. Aranzadi Social núm. 19, año 2006 [BIB 2006\2067]

¹⁰ BOE de 19 de octubre.

se constituyen en objeto de Ley¹¹, estableciendo una descripción de los trabajos que se efectúan desde que se inicia una obra hasta su terminación, y los que se puedan efectuar en toda obra de construcción, ya sea pública o privada, de construcción o de ingeniería civil.

El artículo 3 contempla un amplio capítulo de definiciones, que no plantean novedades, aunque sí aclara, de acuerdo con la Jurisprudencia, el concepto de promotor¹², y el de contratista o empresario principal¹³, pudiendo coincidir o no ambas figuras.

Se define el concepto de subcontratista, como aquel que asume el compromiso de realizar parte o unidades de obra, bien con contrato con el contratista principal o con otro subcontratista, y que se sujetará al proyecto por el que se rige la ejecución de la obra. También aparece una clarificación en este sentido que llevaría a denominarse primer subcontratista al que tiene como comitente al contratista, el segundo el contratista de aquel y así sucesivamente¹⁴.

La Ley sí que aporta dos novedades importantes. Por un lado el trabajador autónomo¹⁵, que asume partes de obra o instalaciones, y lo puede efectuar de forma personal o individual, es decir por él mismo, o bien empleando trabajadores por cuenta ajena, y en este último caso tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los

¹¹ Así, conforme el párrafo segundo de dicho artículo, se relacionan los trabajos objeto de la ley y que serán los de: “Excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento.

¹² Así, conforme el Art. 3 b) tendrá la consideración de “Promotor: cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra”

¹³ Define, en el apartado e) del art. 3, al contratista o empresario principal como “la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato.” Pero aclarando, en el segundo párrafo de dicho artículo que “Cuando el promotor realice directamente con medios materiales y humanos propios la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrá también la consideración de contratista a los efectos de la presente Ley; asimismo, cuando la contrata se haga con una Unión Temporal de Empresas, que no ejecute directamente la obra, cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de la obra que ejecute.

¹⁴ Cuando, en el apartado f): “Subcontratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente.”

¹⁵ Al definirlo en el apartado g) como “la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplea en la obra trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la presente Ley”

efectos de la Ley, ocupando por lo tanto un nivel y evitando así el fraude que podría cometerse.

También es importante en este sentido que se definan tanto la subcontratación como el nivel, calificando al primera como *práctica mercantil de organización productiva* por la cual se encarga parte del trabajo por parte del contratista o subcontratista *a otro subcontratista o a un trabajador autónomo*¹⁶. Y el nivel será cada uno de los escalones en que se va desarrollando el trabajo¹⁷.

3.2-REQUISITOS DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS O SUBCONTRATISTAS:

El legislador establece, en el artículo 4 de la Ley, una serie de requisitos exigibles tanto a los contratistas, como a los subcontratistas, buscando evitar la existencia de falsas empresas, sin solvencia, sin medios que son además fuentes peligrosas de accidentes. En este sentido se establecen:

- a) Deben tratarse de empresas reales, con una organización productiva propia, lo que incluye los medios materiales y personales necesarios para poder realizar su actividad, asumiendo también lo que define el propio concepto de empresa, es decir, asumiendo los riesgos, responsabilidades y obligaciones que conlleva toda actividad empresarial. (Art. 4. 1 a) y b))
- b) Para evitar el fraude tanto respecto a empresas como a autónomos, se establece (Art. 4 1 c) que ambos deben ser los que organicen y dirijan sus trabajos y en el caso de los autónomos, que los sean realmente, aunque en ambos supuestos cabe el sometimiento a las órdenes generales de planificación y ejecución de la obra que le correspondería al contratista principal.
- c) Se establece (Art. 4.2 a)) la necesidad de que se disponga de personal con la formación necesaria en prevención de riesgos, y tanto para el personal directivo como para la mano de obra directa, y deberá tener uno de los modelos de organización de los previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
- d) Se crea un registro de Empresas acreditadas (Art. 6), que dependerá de la Autoridad de la Comunidad Autónoma, en donde se encuentre el domicilio social de la empresa, estableciendo un sistema de comunicación de todos los

¹⁶ Art. 3 h) Ley 32/2006 de 18 de octubre.

¹⁷ En el apartado i) del art. 3 al decir que será “*cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor*”.

registros y las formas de acceso, así como se establece que reglamentariamente se establecerá tanto la forma como los contenidos de dicho registro, y algo importante la inscripción tendrá validez para todo el territorio nacional. Se pretende con este registro dotar de un mayor rigor y transparencia para los contratantes a la hora de efectuar las contrataciones y subcontrataciones. Para ello las empresas acreditarán cumplir los requisitos que hemos venido reseñando en los puntos anteriores, mediante el sistema de efectuar una declaración documental, de que cumplen los requisitos (Art. 4.3), algo que se concretará también en cuanto a forma y contenido en el desarrollo reglamentario.

- e) La novedad más importante de la Ley, sin embargo, se encuentra en el tema del empleo en estas empresas¹⁸, ya que aquellas que se contraten “*habitualmente*” en trabajos de obras de construcción, se ven obligadas a tener una parte de la plantilla con trabajadores que tengan un contrato indefinido, porcentaje que se inicia con un diez por ciento desde la fecha de entrada en vigor de la Ley y durante los primeros dieciocho meses de su vigencia, continúa con un veinte por ciento en el periodo del mes decimonoveno al trigésimo sexto para llegar a ser del treinta por ciento a partir del mes trigésimo séptimo inclusive, aunque se advierte que la forma de efectuar el cómputo vendrá determinado de forma reglamentaria y no podemos saber si también se establecerá algún criterio para definir el concepto de *habitualidad*, aunque en este caso entendemos bastará con analizar el volumen de actividad económica de la empresa y ver qué parte es la dedicada a las obras de construcción.

3.3. -RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 5 de la Ley constituye, sin duda, el punto central de la reforma operada. La norma parte de un principio que se recalca, cual es que la subcontratación es un fenómeno existente en el sistema productivo de las empresas, y constituye una forma de organización productiva que como tal es legítimo, y que por lo tanto no puede ser limitado.

¹⁸ Tal y como se establece en el apartado 4 del Art. 4: “*Las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados de carácter indefinido que no será inferior al 10 por ciento durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20 por ciento durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30 por ciento a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive*”.

Sin embargo, la realidad de lo observado en numerosas obras en las que se detectan graves abusos, y su relación directa y constatada con la siniestralidad, llevan a que el legislador señale que no puede ser limitada, “*salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta ley*”. Es decir, se va a controlar el uso de la subcontratación en virtud de las razones a que antes hemos hecho referencia.

Así pues, se establece un régimen general que lo que hace es limitar hasta el tercer nivel la posibilidad de efectuar subcontrataciones, y ello se concreta desde el momento y punto inicial. El promotor será el que podrá contratar directamente con los contratistas que estime oportuno, siendo indiferente que se trate de personas físicas o jurídicas (Art. 5.2 a)).

El contratista principal, o el promotor si asumiera tales funciones, podrá dar a contratar la ejecución de los trabajos que hubiera contratado con el promotor, y lo podrá hacer tanto con empresas contratistas, como con trabajadores autónomos (Art. 5.2 b)), figura que aparece en la ley¹⁹, dada la relevancia e importancia que puede tener.

Y aquí surge la novedad (Art. 5.2 c)) pues sólo se va a permitir la subcontratación sucesiva a los que lo realicen estando en el primer o en el segundo nivel, de acuerdo con el concepto del artículo 3º a que antes hacíamos referencia, es decir, a los escalones en que se estructura el sistema de subcontratación para desarrollar el total o parte de la obra que asume el contratista en virtud del contrato que tiene con el promotor. Así, el tercer subcontratista no podría ya subcontratar aquellos trabajos que venga realizando en virtud de su contrato, ni con otras empresas subcontratistas ni con trabajadores autónomos. Se produce pues aquí el fin de la subcontratación, el límite real al exceso de empresas en las obras.

Esta regla general del tercer nivel tiene, sin embargo, dos limitaciones y unas posibilidades de excepción. En el primer caso, se trata de una prohibición general de subcontratar a aquellas empresas que sólo colaboran en la obra aportando mano de obra, es decir trabajadores cuyo único trabajo se realice con herramientas manuales, o motorizadas portátiles, y que los otros equipos de trabajo sean de otras empresas de la obra. Pensemos en una empresa de albañilería, que sólo aporta albañiles con sus herramientas manuales, o con sierras de disco propias, pero que obviamente usará los

¹⁹ Vid: MARTÍNEZ BARROSO, M. R :“ *La existencia del deber de vigilancia empresarial en las contrataciones a los trabajadores autónomos, tras la entrada en vigor de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*”. Aranzadi Social, núm. 18, año 2006 [BIB 2006\1992]

materiales de la hormigonera de la obra o los medios para subirlos a las plantas, por ejemplo, montacargas del contratista principal.

Parece claro que en este supuesto no puede haber ninguna razón para subcontratar, salvo para realizar abusos, como sería el crear unidades falsas de obra, como serían albañilería de interior o exterior, distinguiendo tipos de paredes, etc. y que lo que deberá hacerse será contratar la propia empresa más trabajadores si hay mayor cantidad de trabajo, no pudiendo recurrir a otra subcontratación.

Tampoco se permite (Art. 5,2 e)) la subcontratación y con carácter general, cuando se trate de trabajadores autónomos, que por lo tanto no podrá subcontratar los trabajos a ellos encomendados, ni con otros trabajadores autónomos ni con empresas subcontratistas.

El legislador, sin embargo, establece una posibilidad de extender el tercer nivel²⁰ a que antes hemos hecho referencia, pero es una posibilidad excepcional, y como tal restrictiva, y que sólo puede obedecer a cuatro causas:

- a) casos fortuitos
- b) exigencias de especialización
- c) complicaciones técnicas
- d) fuerza mayor

Si descendemos al detalle, es obvio que en un derribo puede surgir la aparición de materiales, o riesgos imprevistos, en una excavación pueden aparecer dificultades añadidas en los trabajos por las características del terreno, o unas fuertes lluvias pueden exigir que tengamos que contratar empresas con medios especializados para el rápido secado y extracción de agua, es decir, en todos estos casos habría una justificación obvia para la aparición de un nivel adicional.

Ahora bien, para ello se requiere que la dirección facultativa de la obra lo justifique y lo apruebe, señalando la causa o causas que den lugar a dicha situación excepcional, lo anotará en el Libro de Subcontratación, y además de que dicho Libro

²⁰ Al establecer en el primer párrafo del apartado 3 del art. 5: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando en casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra, fuera necesario, a juicio de la dirección facultativa, la contratación de alguna parte de la obra con terceros, excepcionalmente se podrá extender la subcontratación establecida en el apartado anterior en un nivel adicional, siempre que se haga constar por la dirección facultativa su aprobación previa y al causa o causas motivadoras de la misma en el Libro de Subcontratación al que se refiere el artículo 7 de esta Ley”. Y añadiendo en el segundo párrafo la excepción ante la concurrencia de fuerza mayor al decir que “No se aplicará la ampliación excepcional de la subcontratación prevista en el párrafo anterior en los supuestos contemplados en las letras e) y f) del apartado anterior, salvo que la circunstancia motivadora se la de fuerza mayor”

esté a disposición de todos los implicados en la obra a los que luego haremos referencia, se señala expresamente que se pondrá en conocimiento tanto del coordinador de seguridad y salud, como de todos los representantes de los trabajadores de las empresas que se encuentren en el ámbito de aplicación de sus trabajos, porque pueden verse afectadas, y además en el plazo de los cinco días hábiles siguientes, lo pondrá en conocimiento de la Autoridad Laboral, en tal caso además de la anotación en el Libro se habla de un informe expreso de la dirección facultativa señalando las causas de su necesidad, algo que puede aparecer como reiterativo a lo ya contenido en el Libro o que puede ser ampliatorio de aquel, y en todo caso lo lógico es que tal informe lo tramita la Autoridad Laboral tanto a sus propios servicios técnicos, como en especial a la Inspección de Trabajo.

Nos encontramos pues ante unos supuestos excepcionales, que el legislador ha procurado rodear de todas las garantías necesarias para que sean realmente excepcionales, obedezcan a unas razones tasadas y justificadas y controlables par evitar que sean un mal uso de la ley.

Este nivel adicional, sin embargo, no podrá realizarse nunca ni por trabajadores autónomos, ni tampoco por aquellas empresas a que antes hacíamos referencia como de fundamentalmente aportación de mano de obra.

3.4. -REGISTRO DE EMPRESAS ACREDITADAS:

Como una garantía adicional, y en línea con lo sucedido en otras legislaciones, se va a crear el Registro de Empresas (art. 6). Este Registro tendrá carácter autonómico, y por lo tanto, la inscripción deberá hacerse por cada empresa en la Comunidad en la que aquella tenga el domicilio social, aunque la inscripción lógicamente tendrá luego carácter nacional, y aquí se señala que será un registro de datos de acceso público, obviamente como dice el legislador salvaguardando el respeto a los datos que afectan al derecho a la intimidad.

Habrà, sin embargo que esperar al desarrollo reglamentario que deberá determinar capítulos y temas tan importantes, como cuál será el contenido de los datos a aportar al Registro, la forma de la inscripción, y los efectos, pero sobre todo la necesidad de un sistema que permita la coordinación de todos los registros.

3.5.- EL LIBRO DE SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 8 de la Ley plantea el Libro de Subcontratación, en la línea del Libro Registro que también establece en la reforma que se opera en el art. 42 E.T²¹..

Este libro es el principal documento que permitirá durante la realización de una obra, el poder conocer y controlar el cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la misma, y así se indica, en primer lugar, que deberá permanecer en todo momento en la obra, y que reflejará, siempre en orden cronológico, todas las subcontrataciones realizadas, detallando todas las operaciones que deben incluirse en las anotaciones,, con identificaciones tanto de las empresas, como de las personas responsables, así como que deberá señalarse el nivel que corresponde a cada subcontratación, y las acreditaciones de las obligaciones en materia de prevención de riesgos.

Este es un Libro al que tendrán acceso desde el coordinador, las empresas implicadas, y por supuesto la Autoridad Laboral, los técnicos de prevención, los delegados de prevención y los representantes de los trabajadores en todas las empresas que intervengan en la obra. Este libro se determina que reglamentariamente se establecerán sus condiciones, y sus contenidos.

Asimismo, se produce una importante novedad, dado que el texto de la Ley contempla la previsión de que se va a revisar toda la documentación existente ahora en la empresa, buscando con ello el conseguir una unificación y simplificación de dicha documentación.

En este sentido, es importante el art.10 que plantea la documentación que acredite la formación preventiva de los trabajadores, aunque es un artículo que puede quedar muy inconcreto, ya que en primer lugar vuelve a recordar la obligación general de las empresas de velar porque los trabajadores tengan la formación necesaria y adecuada en el tema de prevención, así como se remite a la posibilidad de que la negociación colectiva “*pueda*” establecer aquellos programas de formación que puedan ser individualizados por puestos de trabajo, pero quizás hubiera sido de desear el “*deba*” en lugar del “*pueda*” haciendo tal cláusula contenido obligatorio del convenio en un sector tan peligroso como este.

²¹ Vid: SEMPERE NAVARRO, A. V.: “*Los fenómenos interempresariales y el nuevo Libro registro tras el Real Decreto Ley 5/2006: un esquema*”. Aranzadi Social, números 7-8 año 2006 [BIB 2006/926]

También se plantea el tema del documento acreditativo de la formación preventiva específica que haya recibido cada trabajador, abriendo una doble posibilidad, que esta regulación la efectúe la propia negociación colectiva del sector, o bien se haga reglamentariamente.

Este documento, sin embargo, ofrece fuertes dosis de voluntarismo a la hora de definirlo, porque su diseño, ejecución y expedición puede, es decir es una posibilidad, realizarse a través de los órganos paritarios de los convenios sectoriales estatales, en colaboración con la Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Si unimos esta redacción posibilista con el párrafo anterior, que habla de una doble vía, podríamos habernos encontrado con el retraso en la regulación de un tema que pensamos es necesario sea tratado de forma más urgente, aunque parece, según algunas fuentes²², puede estar cercana su aprobación en el seno de la Fundación Laboral de la Construcción. Se tratará de un documento con validez para cinco años y que al renovarse se debería volver a acreditar la formación.

Por último, en el texto legal habían surgido dudas respecto a la titularidad de los bienes utilizados por las empresas, y en concreto sobre el título que debían tener las empresas sobre tales bienes, dado que en el artículo cuatro y al hablar de los requisitos exigibles a las empresas, tanto contratistas como subcontratistas, se refiere a que deben tener una organización productiva propia, que justifique y establece de forma clara su realidad como tal empresa evitando existan empresas creadas artificialmente por otras para diluir responsabilidades, y que carezcan de cualquier elemento de aquellos que la jurisprudencia ha considerado deben existir para que exista tal realidad empresarial.

Es claro que el artículo octavo habla de posesión de la maquinaria, que lo puede ser por ejemplo por alquiler, pensemos en los grandes equipos de trabajo, de muy alto coste o muy especializados, por lo tanto no debe entenderse exista contradicción entre ambos planteamientos. Por un lado deben disponer de una auténtica empresa, pero a su vez esta puede utilizar equipos que obviamente puede recabar de otras empresas.

3.6. -INFRACCIONES Y SANCIONES:

La Ley contiene una amplia reforma de la normativa en materia de infracciones y sanciones en el orden social²³ (LISOS). Así en primer lugar en las

²² Gaceta Prevención (Lex Nova) Año III, núm. 55, de 19 de marzo de 2007.

²³ Nos referimos al RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

infracciones en materia laboral, en concreto, y como infracción muy grave, se define en el artículo 8²⁴ el incumplimiento de la obligación de fijeza en la plantilla establecida en esta Ley, y que se concretará en un posterior desarrollo reglamentario.

Pero es en materia de prevención de riesgos en donde se producen las mayores novedades. Así en el art. 11 LISOS, se establecen dos nuevas infracciones de carácter leve, cuales son el “*no disponer en la obra de construcción del Libro de Subcontratación*” (art. 11.6 LISOS), y “*no disponer el contratista o subcontratista de la documentación o título*” que le permita acreditar estar en posesión de la maquinaria que utiliza (art. 11.7 LISOS).

Son pues obligaciones de carácter formal o documental que se consideran leves, aunque maticemos que en el primer supuesto será el no disponer del Libro en la obra, en el momento de la visita, pero luego será grave el no llevarlo en orden al día, con lo cual presupone que será también el no tenerlo en absoluto, porque en caso contrario sería una contradicción.

Como infracciones graves, en materia de prevención de riesgos, se detallan tres nuevos apartados en el art.12 LISOS, en concreto el punto 27 se refiere a las obligaciones del *subcontratista*, en concreto sancionan, en el apartado a), los incumplimientos *del deber de acreditar* que se dispone de los recursos humanos, que se tiene un sistema de organización de la prevención adecuado y que se encuentra inscrita en el Registro de Empresas. Por otro lado se sanciona, en el apartado b), el incumplimiento *de la obligación de comunicar los datos* necesarios para que pueda ser cumplimentado correctamente el Libro de Subcontratación, y por último, en el apartado c), superar los niveles permitidos de subcontratación o permitirla en los ámbitos excluidos de ejecución de subcontrataciones.

El punto 28, del artículo 12, se refiere a las obligaciones del *contratista*, repitiendo las que contemplan *supuestos no previstos*, o de *acreditar los medios* de que disponen, y, como hemos significado antes, el *no llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación* y como infracción particular y concreta del contratista *la vulneración de los derechos de información sobre las contratas y subcontratas* que se realicen, y que debe facilitar a los representantes de los trabajadores.

²⁴ Así se introduce en la Disposición adicional primera de la Ley, con el siguiente texto: “16. El incumplimiento de la normativa sobre limitación de la proporción mínima de trabajadores contratados con carácter indefinido contenida en la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y en su reglamento de aplicación”

Por último, el punto 29 contiene una sanción específica del *promotor*, ya que lo será el certificar, *sin que concurran las causas*, por parte de la dirección facultativa que se da un supuesto de *ampliación* de niveles de subcontratación.

La reforma del art. 13 LISOS contiene las mismas infracciones referidas en el ámbito del *subcontratista*, *al deber de acreditación* de los recursos (apartado 15 a), a utilización indebida de la *subcontratación* en supuestos *no permitidos* (apartado 15 b), incluyendo el supuesto de que se faciliten *datos falsos al contratista o al subcontratista* (apartado 15 c) para el que trabaje, incumpliendo los requisitos legales. En los dos primeros casos, será muy grave cuando se trate de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y la salud de los trabajadores en el sector de la construcción, contenidos en el anexo II del RD 1627/1997.

En relación con los *contratistas* (apartado 16), también se considerarán muy graves en el caso de dichos trabajos con *riesgos especiales* (apartado 16 a)), los incumplimientos en relación con *el deber de acreditar* (apartado 16 b)) de sus medios o realizar supuestos prohibidos superando los niveles permitidos (apartado 16 c)).

Y por último, en el apartado 17, y para el caso de *trabajos con riesgos especiales*, y tratándose de *promotores*, se considerará muy grave la actuación de la dirección facultativa ampliando un nivel sin causa.

3.7.- OTRAS CUESTIONES:

La Ley contiene una serie de normas en sus Disposiciones adicionales segunda y tercera, referidas, en el primer supuesto a aquellas otras incluidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la Disposición adicional tercera²⁵ permite que la negociación colectiva del sector, a nivel estatal, realice (“*podrá*”) un adaptación de la actual regulación normativa del contrato de obra o servicio determinado para poder conseguir una mejora en la situación del empleo. Hemos de precisar que esta Disposición adicional tercera, la consideramos necesaria dada la reforma normativa introducida en el párrafo 5 de art. 15 ET a través de la Ley 43/2006 sobre encadenamiento de los contratos temporales, entre ellos los de obra o servicio determinado, que son los típicos

²⁵ Así establece que “*Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio de terminado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación.*”

del sector de la construcción, y que los limita a veinticuatro meses de duración en un periodo de treinta meses y en su párrafo segundo encomienda, a la negociación colectiva, establecer los requisitos necesarios para evitar una utilización excesiva. Lógicamente con la actual regulación contenida en el convenio estatal del sector²⁶ que prevé la duración del contrato de obra o servicio por un periodo de treinta y seis meses, si no existe esa adaptación, difícilmente podemos esperar el cumplimiento del precepto legal.

Por último, y tras cifrar la entrada en vigor en seis meses, es decir, hasta el 19 de abril de 2007, se establece una ficha en el anexo provisional hasta en tanto aparezca desarrollado reglamentariamente el libro de subcontratación.

²⁶ Resolución de 26 de julio de 2002, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio Colectivo General del sector de la Construcción 2002-2006, que en su artículo 28 para el contrato “*fijo de obra*” cuyo objeto es el contenido en el art. 15 1 a) ET, prevé que podrá trabajar en distintos centros de trabajo sucesivos durante un máximo de tres años, previendo que incluso puedan prolongarse más allá sin perder el carácter temporal, al contraponerlo, en el art. 28, al contrato “*fijo de plantilla*”.

“LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.”

Por María Angeles Burgos Giner. Profesora Titular EU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universitat Jaume I Castellón., y Vicente Sampedro Guillamón. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

1.-INTRODUCCIÓN:

La evolución de las relaciones laborales, y de la legislación que las regula, viene ajustándose a los cambios que en los sistemas económicos y productivos se vienen produciendo. Así tras la llamada crisis del petróleo, surgió el llamado, a su vez, derecho del Trabajo de la crisis y algunos de los principios que parecía inmutables van sufriendo fuertes golpes que llegan a desnaturalizarlos, por ejemplo al existir un “contrato temporal de fomento del empleo¹”, no causal. Aunque también es lo cierto que los gobiernos y las legislaciones han comprobado que se habían producido muchos abusos y han querido volver atrás, como lo sucedido en nuestro país en la reciente reforma laboral².

Sin embargo, hay algunos cambios que no van a desaparecer, y entre ellos se citaría a los fenómenos de la descentralización productiva o a la externalización de funciones, a través de las figuras de las contratatas y subcontratatas como medios para auxiliarse las empresas y así poder dar cumplimiento a los compromisos adquiridos. Ya que, como ha señalado la doctrina, al referirse a la descentralización productiva, debe de “contemplarse como una técnica de gestión”, sin olvidar que cuenta con un instrumento, que es la flexibilidad, ya que “la cuestión de fondo es la relativa a su utilización para

¹ Sería el caso, por ejemplo del RD 1989/1984, de 17 de octubre y todas las intervenciones normativas flexibilizando la contratación temporal. Ya que si recordamos, en la redacción dada art. 17.3 del E.T./1980 se contemplaba la habilitación dada al Gobierno para la adopción de medidas que facilitarían la colocación de trabajadores demandantes de empleo, y bajo esta cobertura legal aparece una modalidad contractual de carácter coyuntural: la contratación temporal de fomento del empleo, que fue muy utilizada hasta la reforma del ET en 1995, y que en la actualidad queda solamente vigente para los trabajadores con discapacidad de acuerdo con la Disposición Adicional primera de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo. Sobre la temporalidad como medida de fomento del empleo: vid. SEGURA, J, DURÁN, F, TOHARIA, L y BENTOLILA, S: “Análisis de la contratación temporal en España”, Madrid, 1991, MTSS, en especial pág .25. ELORDI DENTICI, A, DEL REY GUANTER, S, SERRANO MARTÍNEZ, J Y GALA DURÁN, C: “Trabajo, temporalidad y Empresas de Trabajo temporal en España”, Madrid 2001, Agett, en especial págs. 129 y sgs; sobre la evolución del empleo temporal entre 1976 y 2001.

² Nos referimos a la operada a través del RD Ley 5/2006 de 9 de junio y que se convirtió en la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo.

reducir costes y hacer posible un uso flexible de la mano de obra mediante la diversificación de las fuentes de aportación del volumen de mano de obra que la empresa precisa para su funcionamiento”³. En el primer caso, los trabajos son dados a las empresas fuera de la principal, por ejemplo los talleres en el sector de la confección, o incluso a países llamados del tercer mundo, y en el supuesto de la externalización de funciones, la empresa va desgajando las labores no directamente relacionadas con su trabajo central, y las va dejando en mano de terceras empresas que realizan sus trabajos en su propio centro de trabajo.

Puede parecer extraño, pero ahora se pretende que una empresa que fabrique azulejos, se dedique solamente a eso, pero es obvio que ahora el personal dedicado a limpieza, a mantenimiento, a seguridad no es de la propia empresa sino que es contratado a empresas terceras que prestarán allí sus servicios.

Incluso en un paso más, los propios trabajos centrales del proceso productivo, pueden ser cubiertos en caso de necesidades extraordinarias, por ejemplo aumentos de pedidos o bajas de varios trabajadores por enfermedad, bien por contratos de duración determinada contratados por la propia empresa o bien recurriendo a una empresa de trabajo temporal, en un fenómeno que hemos denominado siempre cesión de trabajadores, antes ilícito administrativo, incluso penal, pero que ahora sólo lo será en el caso de efectuarse fuera de una empresa de trabajo temporal, o de la regulación normativa de estas.

Si esta situación es general en la mayor parte de empresas, sea cual sea su tamaño y su sector, el tema se vuelve más preocupante cuando hablamos de las obras de construcción. En ellas confluyen siempre varias empresas que se corresponden con las distintas unidades de una obra, y a su vez estas contratistas vuelven a subcontratar parte de sus trabajos a unos subcontratistas o a trabajadores autónomos.

En principio, cualquier presencia de varias empresas en un mismo lugar de trabajo siempre entraña un riesgo añadido, podríamos decir que los riesgos de cada trabajo se van acumulando, y más aún si consideramos el sector de la construcción, en que ya no se acumulan sino que se multiplican y son una de las causas que producen la alta siniestralidad del sector.

³ Tal y como lo ha expresado RIVERO LAMAS, J : “*La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*” en AA.VV.: “*Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*” X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid 2000, MTSS, pag. 81.

Por ello, el legislador ha venido introduciendo reformas en el tema de las contratas y subcontratas, en general y en cualquier empresa, y en mayor detalle y con una dirección centrada en la prevención de riesgos laborales, en el sector de la construcción. A estas dos reformas normativas vamos a referirnos.

2.- REFORMAS EN LA NORMATIVA GENERAL:

El pasado mes de junio de 2006, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado, en concreto el del día 14, el Real Decreto- Ley 5/2006 de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo. Estamos ante una norma que, sin duda, constituye un punto importante de inflexión en la normativa laboral, ya que afronta el tema del empleo desde la órbita ya no de la mera cantidad, sino buscando una mejor calidad, buscando solucionar algunos problemas que se vienen detectando, entre ellos, el más importante el del encadenamiento de contratos.

El Real Decreto- Ley nace del acuerdo entre la CEOE, CEPYME, UGT y CC. OO. , dentro de los diversos ámbitos que se han ido promocionando para el Diálogo Social. Pues bien, esta norma ha sido ya transformada por nuestras Cortes Generales en Ley 43/2006 de 29 de diciembre, y en ella se contempla también como tema de interés el del fenómeno de la subcontratación, buscando como señala la propia Exposición de Motivos *“asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva sea compatible con la protección de los trabajadores especialmente cuando se trate de empresas principal, contratista y subcontratista que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo”*⁴, añadiendo además el interés por deslindar estos supuestos que pueden producir en algunos casos supuestos de cesión ilegal, para lo cual incluso se produce lo que se señala como definición de cesión ilegal de trabajadores, más bien una descripción, de supuestos, eso sí recordando que la cesión legal de trabajadores sólo puede realizarse por las empresas de trabajo temporal.

En el tema de contratas y subcontratas, pues, en la línea de lo ya actuado en anteriores reformas, el art.42 ET viene a incluir las siguientes novedades:

1.- En el apartado 4 del art. 42 ET, aparece un nuevo concepto⁵, cual es el de empresa que comparta de forma continuada un mismo centro de trabajo, un caso que

⁴ Párrafo séptimo, apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre.

⁵ Al establecer en el párrafo segundo que: *“Cuando la empresa principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá de disponer de un libro*

fácilmente se encuentra con temas como limpieza, seguridad, entre otros. En este supuesto se establece un libro de registro que reflejará toda la información a que se refiere el mismo artículo, en el mismo apartado, respecto a todas las empresas afectadas. Esta información deberá contener el nombre o razón social, domicilio y NIF de la empresa contratista o subcontratista, el objeto, lugar y duración de la contrata, el número de trabajadores ocupados y las medidas preventivas de coordinación de actividades a efectos de la prevención de riesgos. Coincidiendo esta información con la que debe informar a los representantes de los trabajadores, e insistiendo con que, estará dicho libro a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

2.- Se añade un nuevo apartado 6,⁶ que establece que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas podrán plantear cuestiones a los representantes de los trabajadores de la empresa principal, entendemos que se trata de la representación unitaria, es decir delegados de personal o comités de empresa, por referirlo a la representación legal cuando carece de ella.

Se exige para ello la concurrencia de dos requisitos, uno que carezcan de representación legal propia, y además que se trate de temas relacionados a las condiciones de ejecución del trabajo por ejemplo problemas de vestuarios, y no relativos sólo a su empresa, por ejemplo, retrasos en el pago de los salarios.

3.- Pero para el supuesto en que sí cuenten representación legal, se adiciona en el art. 42 ET un nuevo apartado 7, que permite que los representantes legales, si los hubiere, de las empresas contratistas y subcontratistas, y para el supuesto que compartieran centro de trabajo de forma continuada, puedan reunirse para coordinarse entre ellos, y todo ello en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley. Referencia esta última que sólo plantea en el texto legal, es decir en el art. 81 del ET⁷, el uso de locales y

de registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes de los trabajadores”.

⁶ “6. Los trabajadores de las empresas contratista y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación.

Lo dispuestos en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende”.

⁷ Que tras la reforma efectuada, se adicionaba a su anterior redacción: “La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden en la empresa”. Sin que olvidemos que mantiene la misma redacción respecto del derecho al local para desarrollar sus actividades condicionado a que “sus características lo permitan” como también el que: “Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo”.

tablón de anuncios, recordando que en este supuesto de contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo, se permite que podrán hacer uso de dichos locales, remitiéndose a lo que se acuerde con la empresa.

El texto no resuelve las dudas sobre esas reuniones entre los representantes legales, no parece que estemos hablando de ningún órgano creado para este supuesto, por lo que nos encontramos con un tema que será desarrollado en el seno de la propia empresa principal, y quizás habría que entender que igual que lo referido a locales, debería de haber, un acuerdo colectivo con la empresa, cuyo contenido contemplara temas como el aviso previo de la reuniones, el momento de efectuarlas ya bien dentro o fuera de la jornada, sin o con crédito horario específico pero dentro del uso legal del que ya tienen, es decir, temas todos que dependerán de la facultad de autoorganización de los representantes de los trabajadores. Que entendemos estarán en la línea de poder continuar efectuando sus funciones de representación, a través de las reuniones en los locales cedidos por la empresa principal, en donde indirectamente sobre éste empresario principal recae la obligación de “facilitar” los locales que serán los medios que permitirán la celebración de esas reuniones entre ambas representaciones o por separado.⁸ Y en todo caso, será la negociación colectiva la encargada de determinar tanto la capacidad como el ámbito de actuación de la representación, al establecerlo así el art.42.7 ET, ante la falta de claridad del precepto.

3.- LA LEY 32/2006, REGULADORA DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN:

Durante mucho tiempo, se ha venido detectando que en el fenómeno de la alta siniestralidad de la construcción influyen diversos factores, como la temporalidad y variabilidad de cualquier obra, los contratos en precario de muchos trabajadores, etc..., pero sin duda uno de los factores que se ha venido resaltando por su carácter principal en esa siniestralidad, es el del fenómeno de la proliferación de empresas en un centro de trabajo, que es una obra. Ello conlleva a que en muchas ocasiones, ese factor de presencias conjuntas produzca una auténtica multiplicación de los riesgos.

⁸ Vid: MONEREO PÉREZ, J. L.: “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, Aranzadi Social, número 19, año 2006, [BIB 2006\2067] que considera que del precepto se desprende un “llamamiento de Acuerdo colectivo de empresa que determine las condiciones de utilización compartida o uso conjunto de los locales para celebrar reuniones internas entre las distintas representaciones legales de las empresas implicadas en el proceso de subcontratación”.

Ante este tema, y sin olvidar que el fenómeno de la subcontratación obedece a características propias del sector, “*tradición*” le llama la Exposición de Motivos, y a las necesidades de los procesos de externalización productiva o de la especialización, tampoco se puede obviar la necesidad de controlar el proceso que puede llevar a abusos, ya que pueden proliferar empresas sin organización productiva, y a la larga, como dice también la propia Exposición de Motivos “*los indicados excesos de subcontratación pueden facilitar la aparición de prácticas incompatibles con la seguridad y salud en el trabajo*”.⁹

La Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción¹⁰, pretende resolver los graves problemas que, insistimos, vienen planteando el fenómeno de la subcontratación, recortando su uso, como luego veremos, hasta el tercer nivel, y además estableciendo una serie de cautelas:

- a) Exige determinadas condiciones, limitadas y muy rígidas, para que puedan efectuarse subcontrataciones a partir de ese tercer nivel.
- b) Las empresas que quieran trabajar como contratista o subcontratista vienen precisadas a ofrecer unas garantías en cuanto calidad, solvencia, y también en cuanto a que deberán acreditar la formación en prevención de sus trabajadores.
- c) Se establece la obligatoriedad de que dichas empresas tengan en su seno un empleo estable, estableciéndose un porcentaje de la plantilla con trabajadores indefinidos, que comienza en el diez por ciento de la plantilla para llegar a un treinta por ciento.
- d) Se establecen sistemas de control documental de los trabajos, permitiendo así una mayor transparencia en las obras de construcción, a través del Libro de Subcontratación, al que se tiene amplio acceso, como luego veremos.

3.1.- OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY:

La Ley tiene un claro objetivo, cual es el regular la subcontratación en el sector de la construcción, estableciendo en su art.2 cuáles son los trabajos de construcción que

⁹ Último punto del Párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Contratación. Y, como mantiene la doctrina, esta Ley “*trata de hacer frente al gravísimo problema de la siniestralidad laboral en el sector de la construcción*”, vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: “*La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo*”. Aranzadi Social núm. 19, año 2006 [BIB 2006\2067]

¹⁰ BOE de 19 de octubre.

se constituyen en objeto de Ley¹¹, estableciendo una descripción de los trabajos que se efectúan desde que se inicia una obra hasta su terminación, y los que se puedan efectuar en toda obra de construcción, ya sea pública o privada, de construcción o de ingeniería civil.

El artículo 3 contempla un amplio capítulo de definiciones, que no plantean novedades, aunque sí aclara, de acuerdo con la Jurisprudencia, el concepto de promotor¹², y el de contratista o empresario principal¹³, pudiendo coincidir o no ambas figuras.

Se define el concepto de subcontratista, como aquel que asume el compromiso de realizar parte o unidades de obra, bien con contrato con el contratista principal o con otro subcontratista, y que se sujetará al proyecto por el que se rige la ejecución de la obra. También aparece una clarificación en este sentido que llevaría a denominarse primer subcontratista al que tiene como comitente al contratista, el segundo el contratista de aquel y así sucesivamente¹⁴.

La Ley sí que aporta dos novedades importantes. Por un lado el trabajador autónomo¹⁵, que asume partes de obra o instalaciones, y lo puede efectuar de forma personal o individual, es decir por él mismo, o bien empleando trabajadores por cuenta ajena, y en este último caso tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los

¹¹ Así, conforme el párrafo segundo de dicho artículo, se relacionan los trabajos objeto de la ley y que serán los de: “Excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento.

¹² Así, conforme el Art. 3 b) tendrá la consideración de “Promotor: cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra”

¹³ Define, en el apartado e) del art. 3, al contratista o empresario principal como “la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato.” Pero aclarando, en el segundo párrafo de dicho artículo que “Cuando el promotor realice directamente con medios materiales y humanos propios la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrá también la consideración de contratista a los efectos de la presente Ley; asimismo, cuando la contrata se haga con una Unión Temporal de Empresas, que no ejecute directamente la obra, cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de la obra que ejecute.

¹⁴ Cuando, en el apartado f): “Subcontratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente.”

¹⁵ Al definirlo en el apartado g) como “la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplea en la obra trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la presente Ley”

efectos de la Ley, ocupando por lo tanto un nivel y evitando así el fraude que podría cometerse.

También es importante en este sentido que se definan tanto la subcontratación como el nivel, calificando al primera como *práctica mercantil de organización productiva* por la cual se encarga parte del trabajo por parte del contratista o subcontratista *a otro subcontratista o a un trabajador autónomo*¹⁶. Y el nivel será cada uno de los escalones en que se va desarrollando el trabajo¹⁷.

3.2-REQUISITOS DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS O SUBCONTRATISTAS:

El legislador establece, en el artículo 4 de la Ley, una serie de requisitos exigibles tanto a los contratistas, como a los subcontratistas, buscando evitar la existencia de falsas empresas, sin solvencia, sin medios que son además fuentes peligrosas de accidentes. En este sentido se establecen:

- a) Deben tratarse de empresas reales, con una organización productiva propia, lo que incluye los medios materiales y personales necesarios para poder realizar su actividad, asumiendo también lo que define el propio concepto de empresa, es decir, asumiendo los riesgos, responsabilidades y obligaciones que conlleva toda actividad empresarial. (Art. 4. 1 a) y b))
- b) Para evitar el fraude tanto respecto a empresas como a autónomos, se establece (Art. 4 1 c) que ambos deben ser los que organicen y dirijan sus trabajos y en el caso de los autónomos, que los sean realmente, aunque en ambos supuestos cabe el sometimiento a las órdenes generales de planificación y ejecución de la obra que le correspondería al contratista principal.
- c) Se establece (Art. 4.2 a)) la necesidad de que se disponga de personal con la formación necesaria en prevención de riesgos, y tanto para el personal directivo como para la mano de obra directa, y deberá tener uno de los modelos de organización de los previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
- d) Se crea un registro de Empresas acreditadas (Art. 6), que dependerá de la Autoridad de la Comunidad Autónoma, en donde se encuentre el domicilio social de la empresa, estableciendo un sistema de comunicación de todos los

¹⁶ Art. 3 h) Ley 32/2006 de 18 de octubre.

¹⁷ En el apartado i) del art. 3 al decir que será “*cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor*”.

registros y las formas de acceso, así como se establece que reglamentariamente se establecerá tanto la forma como los contenidos de dicho registro, y algo importante la inscripción tendrá validez para todo el territorio nacional. Se pretende con este registro dotar de un mayor rigor y transparencia para los contratantes a la hora de efectuar las contrataciones y subcontrataciones. Para ello las empresas acreditarán cumplir los requisitos que hemos venido reseñando en los puntos anteriores, mediante el sistema de efectuar una declaración documental, de que cumplen los requisitos (Art. 4.3), algo que se concretará también en cuanto a forma y contenido en el desarrollo reglamentario.

- e) La novedad más importante de la Ley, sin embargo, se encuentra en el tema del empleo en estas empresas¹⁸, ya que aquellas que se contraten “*habitualmente*” en trabajos de obras de construcción, se ven obligadas a tener una parte de la plantilla con trabajadores que tengan un contrato indefinido, porcentaje que se inicia con un diez por ciento desde la fecha de entrada en vigor de la Ley y durante los primeros dieciocho meses de su vigencia, continúa con un veinte por ciento en el periodo del mes decimonoveno al trigésimo sexto para llegar a ser del treinta por ciento a partir del mes trigésimo séptimo inclusive, aunque se advierte que la forma de efectuar el cómputo vendrá determinado de forma reglamentaria y no podemos saber si también se establecerá algún criterio para definir el concepto de *habitualidad*, aunque en este caso entendemos bastará con analizar el volumen de actividad económica de la empresa y ver qué parte es la dedicada a las obras de construcción.

3.3. -RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 5 de la Ley constituye, sin duda, el punto central de la reforma operada. La norma parte de un principio que se recalca, cual es que la subcontratación es un fenómeno existente en el sistema productivo de las empresas, y constituye una forma de organización productiva que como tal es legítimo, y que por lo tanto no puede ser limitado.

¹⁸ Tal y como se establece en el apartado 4 del Art. 4: “*Las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados de carácter indefinido que no será inferior al 10 por ciento durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20 por ciento durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30 por ciento a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive*”.

Sin embargo, la realidad de lo observado en numerosas obras en las que se detectan graves abusos, y su relación directa y constatada con la siniestralidad, llevan a que el legislador señale que no puede ser limitada, “*salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta ley*”. Es decir, se va a controlar el uso de la subcontratación en virtud de las razones a que antes hemos hecho referencia.

Así pues, se establece un régimen general que lo que hace es limitar hasta el tercer nivel la posibilidad de efectuar subcontrataciones, y ello se concreta desde el momento y punto inicial. El promotor será el que podrá contratar directamente con los contratistas que estime oportuno, siendo indiferente que se trate de personas físicas o jurídicas (Art. 5.2 a)).

El contratista principal, o el promotor si asumiera tales funciones, podrá dar a contratar la ejecución de los trabajos que hubiera contratado con el promotor, y lo podrá hacer tanto con empresas contratistas, como con trabajadores autónomos (Art. 5.2 b)), figura que aparece en la ley¹⁹, dada la relevancia e importancia que puede tener.

Y aquí surge la novedad (Art. 5.2 c)) pues sólo se va a permitir la subcontratación sucesiva a los que lo realicen estando en el primer o en el segundo nivel, de acuerdo con el concepto del artículo 3º a que antes hacíamos referencia, es decir, a los escalones en que se estructura el sistema de subcontratación para desarrollar el total o parte de la obra que asume el contratista en virtud del contrato que tiene con el promotor. Así, el tercer subcontratista no podría ya subcontratar aquellos trabajos que venga realizando en virtud de su contrato, ni con otras empresas subcontratistas ni con trabajadores autónomos. Se produce pues aquí el fin de la subcontratación, el límite real al exceso de empresas en las obras.

Esta regla general del tercer nivel tiene, sin embargo, dos limitaciones y unas posibilidades de excepción. En el primer caso, se trata de una prohibición general de subcontratar a aquellas empresas que sólo colaboran en la obra aportando mano de obra, es decir trabajadores cuyo único trabajo se realice con herramientas manuales, o motorizadas portátiles, y que los otros equipos de trabajo sean de otras empresas de la obra. Pensemos en una empresa de albañilería, que sólo aporta albañiles con sus herramientas manuales, o con sierras de disco propias, pero que obviamente usará los

¹⁹ Vid: MARTÍNEZ BARROSO, M. R :“ *La existencia del deber de vigilancia empresarial en las contrataciones a los trabajadores autónomos, tras la entrada en vigor de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*”. Aranzadi Social, núm. 18, año 2006 [BIB 2006\1992]

materiales de la hormigonera de la obra o los medios para subirlos a las plantas, por ejemplo, montacargas del contratista principal.

Parece claro que en este supuesto no puede haber ninguna razón para subcontratar, salvo para realizar abusos, como sería el crear unidades falsas de obra, como serían albañilería de interior o exterior, distinguiendo tipos de paredes, etc. y que lo que deberá hacerse será contratar la propia empresa más trabajadores si hay mayor cantidad de trabajo, no pudiendo recurrir a otra subcontratación.

Tampoco se permite (Art. 5,2 e)) la subcontratación y con carácter general, cuando se trate de trabajadores autónomos, que por lo tanto no podrá subcontratar los trabajos a ellos encomendados, ni con otros trabajadores autónomos ni con empresas subcontratistas.

El legislador, sin embargo, establece una posibilidad de extender el tercer nivel²⁰ a que antes hemos hecho referencia, pero es una posibilidad excepcional, y como tal restrictiva, y que sólo puede obedecer a cuatro causas:

- a) casos fortuitos
- b) exigencias de especialización
- c) complicaciones técnicas
- d) fuerza mayor

Si descendemos al detalle, es obvio que en un derribo puede surgir la aparición de materiales, o riesgos imprevistos, en una excavación pueden aparecer dificultades añadidas en los trabajos por las características del terreno, o unas fuertes lluvias pueden exigir que tengamos que contratar empresas con medios especializados para el rápido secado y extracción de agua, es decir, en todos estos casos habría una justificación obvia para la aparición de un nivel adicional.

Ahora bien, para ello se requiere que la dirección facultativa de la obra lo justifique y lo apruebe, señalando la causa o causas que den lugar a dicha situación excepcional, lo anotará en el Libro de Subcontratación, y además de que dicho Libro

²⁰ Al establecer en el primer párrafo del apartado 3 del art. 5: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando en casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra, fuera necesario, a juicio de la dirección facultativa, la contratación de alguna parte de la obra con terceros, excepcionalmente se podrá extender la subcontratación establecida en el apartado anterior en un nivel adicional, siempre que se haga constar por la dirección facultativa su aprobación previa y al causa o causas motivadoras de la misma en el Libro de Subcontratación al que se refiere el artículo 7 de esta Ley”. Y añadiendo en el segundo párrafo la excepción ante la concurrencia de fuerza mayor al decir que “No se aplicará la ampliación excepcional de la subcontratación prevista en el párrafo anterior en los supuestos contemplados en las letras e) y f) del apartado anterior, salvo que la circunstancia motivadora se la de fuerza mayor”

esté a disposición de todos los implicados en la obra a los que luego haremos referencia, se señala expresamente que se pondrá en conocimiento tanto del coordinador de seguridad y salud, como de todos los representantes de los trabajadores de las empresas que se encuentren en el ámbito de aplicación de sus trabajos, porque pueden verse afectadas, y además en el plazo de los cinco días hábiles siguientes, lo pondrá en conocimiento de la Autoridad Laboral, en tal caso además de la anotación en el Libro se habla de un informe expreso de la dirección facultativa señalando las causas de su necesidad, algo que puede aparecer como reiterativo a lo ya contenido en el Libro o que puede ser ampliatorio de aquel, y en todo caso lo lógico es que tal informe lo tramita la Autoridad Laboral tanto a sus propios servicios técnicos, como en especial a la Inspección de Trabajo.

Nos encontramos pues ante unos supuestos excepcionales, que el legislador ha procurado rodear de todas las garantías necesarias para que sean realmente excepcionales, obedezcan a unas razones tasadas y justificadas y controlables par evitar que sean un mal uso de la ley.

Este nivel adicional, sin embargo, no podrá realizarse nunca ni por trabajadores autónomos, ni tampoco por aquellas empresas a que antes hacíamos referencia como de fundamentalmente aportación de mano de obra.

3.4. -REGISTRO DE EMPRESAS ACREDITADAS:

Como una garantía adicional, y en línea con lo sucedido en otras legislaciones, se va a crear el Registro de Empresas (art. 6). Este Registro tendrá carácter autonómico, y por lo tanto, la inscripción deberá hacerse por cada empresa en la Comunidad en la que aquella tenga el domicilio social, aunque la inscripción lógicamente tendrá luego carácter nacional, y aquí se señala que será un registro de datos de acceso público, obviamente como dice el legislador salvaguardando el respeto a los datos que afectan al derecho a la intimidad.

Habrá, sin embargo que esperar al desarrollo reglamentario que deberá determinar capítulos y temas tan importantes, como cuál será el contenido de los datos a aportar al Registro, la forma de la inscripción, y los efectos, pero sobre todo la necesidad de un sistema que permita la coordinación de todos los registros.

3.5.- EL LIBRO DE SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 8 de la Ley plantea el Libro de Subcontratación, en la línea del Libro Registro que también establece en la reforma que se opera en el art. 42 E.T²¹..

Este libro es el principal documento que permitirá durante la realización de una obra, el poder conocer y controlar el cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la misma, y así se indica, en primer lugar, que deberá permanecer en todo momento en la obra, y que reflejará, siempre en orden cronológico, todas las subcontrataciones realizadas, detallando todas las operaciones que deben incluirse en las anotaciones,, con identificaciones tanto de las empresas, como de las personas responsables, así como que deberá señalarse el nivel que corresponde a cada subcontratación, y las acreditaciones de las obligaciones en materia de prevención de riesgos.

Este es un Libro al que tendrán acceso desde el coordinador, las empresas implicadas, y por supuesto la Autoridad Laboral, los técnicos de prevención, los delegados de prevención y los representantes de los trabajadores en todas las empresas que intervengan en la obra. Este libro se determina que reglamentariamente se establecerán sus condiciones, y sus contenidos.

Asimismo, se produce una importante novedad, dado que el texto de la Ley contempla la previsión de que se va a revisar toda la documentación existente ahora en la empresa, buscando con ello el conseguir una unificación y simplificación de dicha documentación.

En este sentido, es importante el art.10 que plantea la documentación que acredite la formación preventiva de los trabajadores, aunque es un artículo que puede quedar muy inconcreto, ya que en primer lugar vuelve a recordar la obligación general de las empresas de velar porque los trabajadores tengan la formación necesaria y adecuada en el tema de prevención, así como se remite a la posibilidad de que la negociación colectiva “*pueda*” establecer aquellos programas de formación que puedan ser individualizados por puestos de trabajo, pero quizás hubiera sido de desear el “*deba*” en lugar del “*pueda*” haciendo tal cláusula contenido obligatorio del convenio en un sector tan peligroso como este.

²¹ Vid: SEMPERE NAVARRO, A. V.: “*Los fenómenos interempresariales y el nuevo Libro registro tras el Real Decreto Ley 5/2006: un esquema*”. Aranzadi Social, números 7-8 año 2006 [BIB 2006/926]

También se plantea el tema del documento acreditativo de la formación preventiva específica que haya recibido cada trabajador, abriendo una doble posibilidad, que esta regulación la efectúe la propia negociación colectiva del sector, o bien se haga reglamentariamente.

Este documento, sin embargo, ofrece fuertes dosis de voluntarismo a la hora de definirlo, porque su diseño, ejecución y expedición puede, es decir es una posibilidad, realizarse a través de los órganos paritarios de los convenios sectoriales estatales, en colaboración con la Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Si unimos esta redacción posibilista con el párrafo anterior, que habla de una doble vía, podríamos habernos encontrado con el retraso en la regulación de un tema que pensamos es necesario sea tratado de forma más urgente, aunque parece, según algunas fuentes²², puede estar cercana su aprobación en el seno de la Fundación Laboral de la Construcción. Se tratará de un documento con validez para cinco años y que al renovarse se debería volver a acreditar la formación.

Por último, en el texto legal habían surgido dudas respecto a la titularidad de los bienes utilizados por las empresas, y en concreto sobre el título que debían tener las empresas sobre tales bienes, dado que en el artículo cuatro y al hablar de los requisitos exigibles a las empresas, tanto contratistas como subcontratistas, se refiere a que deben tener una organización productiva propia, que justifique y establece de forma clara su realidad como tal empresa evitando existan empresas creadas artificialmente por otras para diluir responsabilidades, y que carezcan de cualquier elemento de aquellos que la jurisprudencia ha considerado deben existir para que exista tal realidad empresarial.

Es claro que el artículo octavo habla de posesión de la maquinaria, que lo puede ser por ejemplo por alquiler, pensemos en los grandes equipos de trabajo, de muy alto coste o muy especializados, por lo tanto no debe entenderse exista contradicción entre ambos planteamientos. Por un lado deben disponer de una auténtica empresa, pero a su vez esta puede utilizar equipos que obviamente puede recabar de otras empresas.

3.6. -INFRACCIONES Y SANCIONES:

La Ley contiene una amplia reforma de la normativa en materia de infracciones y sanciones en el orden social²³ (LISOS). Así en primer lugar en las

²² Gaceta Prevención (Lex Nova) Año III, núm. 55, de 19 de marzo de 2007.

²³ Nos referimos al RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

infracciones en materia laboral, en concreto, y como infracción muy grave, se define en el artículo 8²⁴ el incumplimiento de la obligación de fijeza en la plantilla establecida en esta Ley, y que se concretará en un posterior desarrollo reglamentario.

Pero es en materia de prevención de riesgos en donde se producen las mayores novedades. Así en el art. 11 LISOS, se establecen dos nuevas infracciones de carácter leve, cuales son el “*no disponer en la obra de construcción del Libro de Subcontratación*” (art. 11.6 LISOS), y “*no disponer el contratista o subcontratista de la documentación o título*” que le permita acreditar estar en posesión de la maquinaria que utiliza (art. 11.7 LISOS).

Son pues obligaciones de carácter formal o documental que se consideran leves, aunque maticemos que en el primer supuesto será el no disponer del Libro en la obra, en el momento de la visita, pero luego será grave el no llevarlo en orden al día, con lo cual presupone que será también el no tenerlo en absoluto, porque en caso contrario sería una contradicción.

Como infracciones graves, en materia de prevención de riesgos, se detallan tres nuevos apartados en el art.12 LISOS, en concreto el punto 27 se refiere a las obligaciones del *subcontratista*, en concreto sancionan, en el apartado a), los incumplimientos *del deber de acreditar* que se dispone de los recursos humanos, que se tiene un sistema de organización de la prevención adecuado y que se encuentra inscrita en el Registro de Empresas. Por otro lado se sanciona, en el apartado b), el incumplimiento *de la obligación de comunicar los datos* necesarios para que pueda ser cumplimentado correctamente el Libro de Subcontratación, y por último, en el apartado c), superar los niveles permitidos de subcontratación o permitirla en los ámbitos excluidos de ejecución de subcontrataciones.

El punto 28, del artículo 12, se refiere a las obligaciones del *contratista*, repitiendo las que contemplan *supuestos no previstos*, o de *acreditar los medios* de que disponen, y, como hemos significado antes, el *no llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación* y como infracción particular y concreta del contratista *la vulneración de los derechos de información sobre las contratas y subcontratas* que se realicen, y que debe facilitar a los representantes de los trabajadores.

²⁴ Así se introduce en la Disposición adicional primera de la Ley, con el siguiente texto: “16. El incumplimiento de la normativa sobre limitación de la proporción mínima de trabajadores contratados con carácter indefinido contenida en la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y en su reglamento de aplicación”

Por último, el punto 29 contiene una sanción específica del *promotor*, ya que lo será el certificar, *sin que concurran las causas*, por parte de la dirección facultativa que se da un supuesto de *ampliación* de niveles de subcontratación.

La reforma del art. 13 LISOS contiene las mismas infracciones referidas en el ámbito del *subcontratista*, *al deber de acreditación* de los recursos (apartado 15 a), a utilización indebida de la *subcontratación* en supuestos *no permitidos* (apartado 15 b), incluyendo el supuesto de que se faciliten *datos falsos al contratista o al subcontratista* (apartado 15 c) para el que trabaje, incumpliendo los requisitos legales. En los dos primeros casos, será muy grave cuando se trate de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y la salud de los trabajadores en el sector de la construcción, contenidos en el anexo II del RD 1627/1997.

En relación con los *contratistas* (apartado 16), también se considerarán muy graves en el caso de dichos trabajos con *riesgos especiales* (apartado 16 a)), los incumplimientos en relación con *el deber de acreditar* (apartado 16 b)) de sus medios o realizar supuestos prohibidos superando los niveles permitidos (apartado 16 c)).

Y por último, en el apartado 17, y para el caso de *trabajos con riesgos especiales*, y tratándose de *promotores*, se considerará muy grave la actuación de la dirección facultativa ampliando un nivel sin causa.

3.7.- OTRAS CUESTIONES:

La Ley contiene una serie de normas en sus Disposiciones adicionales segunda y tercera, referidas, en el primer supuesto a aquellas otras incluidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la Disposición adicional tercera²⁵ permite que la negociación colectiva del sector, a nivel estatal, realice (“*podrá*”) un adaptación de la actual regulación normativa del contrato de obra o servicio determinado para poder conseguir una mejora en la situación del empleo. Hemos de precisar que esta Disposición adicional tercera, la consideramos necesaria dada la reforma normativa introducida en el párrafo 5 de art. 15 ET a través de la Ley 43/2006 sobre encadenamiento de los contratos temporales, entre ellos los de obra o servicio determinado, que son los típicos

²⁵ Así establece que “*Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio de terminado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación.*”

del sector de la construcción, y que los limita a veinticuatro meses de duración en un periodo de treinta meses y en su párrafo segundo encomienda, a la negociación colectiva, establecer los requisitos necesarios para evitar una utilización excesiva. Lógicamente con la actual regulación contenida en el convenio estatal del sector²⁶ que prevé la duración del contrato de obra o servicio por un periodo de treinta y seis meses, si no existe esa adaptación, difícilmente podemos esperar el cumplimiento del precepto legal.

Por último, y tras cifrar la entrada en vigor en seis meses, es decir, hasta el 19 de abril de 2007, se establece una ficha en el anexo provisional hasta en tanto aparezca desarrollado reglamentariamente el libro de subcontratación.

²⁶ Resolución de 26 de julio de 2002, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio Colectivo General del sector de la Construcción 2002-2006, que en su artículo 28 para el contrato “*fijo de obra*” cuyo objeto es el contenido en el art. 15 1 a) ET, prevé que podrá trabajar en distintos centros de trabajo sucesivos durante un máximo de tres años, previendo que incluso puedan prolongarse más allá sin perder el carácter temporal, al contraponerlo, en el art. 28, al contrato “*fijo de plantilla*”.

“LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.”

Por María Angeles Burgos Giner. Profesora Titular EU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universitat Jaume I Castellón., y Vicente Sampedro Guillamón. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

1.-INTRODUCCIÓN:

La evolución de las relaciones laborales, y de la legislación que las regula, viene ajustándose a los cambios que en los sistemas económicos y productivos se vienen produciendo. Así tras la llamada crisis del petróleo, surgió el llamado, a su vez, derecho del Trabajo de la crisis y algunos de los principios que parecía inmutables van sufriendo fuertes golpes que llegan a desnaturalizarlos, por ejemplo al existir un “contrato temporal de fomento del empleo¹”, no causal. Aunque también es lo cierto que los gobiernos y las legislaciones han comprobado que se habían producido muchos abusos y han querido volver atrás, como lo sucedido en nuestro país en la reciente reforma laboral².

Sin embargo, hay algunos cambios que no van a desaparecer, y entre ellos se citaría a los fenómenos de la descentralización productiva o a la externalización de funciones, a través de las figuras de las contratatas y subcontratatas como medios para auxiliarse las empresas y así poder dar cumplimiento a los compromisos adquiridos. Ya que, como ha señalado la doctrina, al referirse a la descentralización productiva, debe de “contemplarse como una técnica de gestión”, sin olvidar que cuenta con un instrumento, que es la flexibilidad, ya que “la cuestión de fondo es la relativa a su utilización para

¹ Sería el caso, por ejemplo del RD 1989/1984, de 17 de octubre y todas las intervenciones normativas flexibilizando la contratación temporal. Ya que si recordamos, en la redacción dada art. 17.3 del E.T./1980 se contemplaba la habilitación dada al Gobierno para la adopción de medidas que facilitarían la colocación de trabajadores demandantes de empleo, y bajo esta cobertura legal aparece una modalidad contractual de carácter coyuntural: la contratación temporal de fomento del empleo, que fue muy utilizada hasta la reforma del ET en 1995, y que en la actualidad queda solamente vigente para los trabajadores con discapacidad de acuerdo con la Disposición Adicional primera de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo. Sobre la temporalidad como medida de fomento del empleo: vid. SEGURA, J, DURÁN, F, TOHARIA, L y BENTOLILA, S: “Análisis de la contratación temporal en España”, Madrid, 1991, MTSS, en especial pág .25. ELORDI DENTICI, A, DEL REY GUANTER, S, SERRANO MARTÍNEZ, J Y GALA DURÁN, C: “Trabajo, temporalidad y Empresas de Trabajo temporal en España”, Madrid 2001, Agett, en especial págs. 129 y sgs; sobre la evolución del empleo temporal entre 1976 y 2001.

² Nos referimos a la operada a través del RD Ley 5/2006 de 9 de junio y que se convirtió en la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo.

reducir costes y hacer posible un uso flexible de la mano de obra mediante la diversificación de las fuentes de aportación del volumen de mano de obra que la empresa precisa para su funcionamiento”³. En el primer caso, los trabajos son dados a las empresas fuera de la principal, por ejemplo los talleres en el sector de la confección, o incluso a países llamados del tercer mundo, y en el supuesto de la externalización de funciones, la empresa va desgajando las labores no directamente relacionadas con su trabajo central, y las va dejando en mano de terceras empresas que realizan sus trabajos en su propio centro de trabajo.

Puede parecer extraño, pero ahora se pretende que una empresa que fabrique azulejos, se dedique solamente a eso, pero es obvio que ahora el personal dedicado a limpieza, a mantenimiento, a seguridad no es de la propia empresa sino que es contratado a empresas terceras que prestarán allí sus servicios.

Incluso en un paso más, los propios trabajos centrales del proceso productivo, pueden ser cubiertos en caso de necesidades extraordinarias, por ejemplo aumentos de pedidos o bajas de varios trabajadores por enfermedad, bien por contratos de duración determinada contratados por la propia empresa o bien recurriendo a una empresa de trabajo temporal, en un fenómeno que hemos denominado siempre cesión de trabajadores, antes ilícito administrativo, incluso penal, pero que ahora sólo lo será en el caso de efectuarse fuera de una empresa de trabajo temporal, o de la regulación normativa de estas.

Si esta situación es general en la mayor parte de empresas, sea cual sea su tamaño y su sector, el tema se vuelve más preocupante cuando hablamos de las obras de construcción. En ellas confluyen siempre varias empresas que se corresponden con las distintas unidades de una obra, y a su vez estas contratistas vuelven a subcontratar parte de sus trabajos a unos subcontratistas o a trabajadores autónomos.

En principio, cualquier presencia de varias empresas en un mismo lugar de trabajo siempre entraña un riesgo añadido, podríamos decir que los riesgos de cada trabajo se van acumulando, y más aún si consideramos el sector de la construcción, en que ya no se acumulan sino que se multiplican y son una de las causas que producen la alta siniestralidad del sector.

³ Tal y como lo ha expresado RIVERO LAMAS, J : “*La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*” en AA.VV.: “*Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*” X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid 2000, MTSS, pag. 81.

Por ello, el legislador ha venido introduciendo reformas en el tema de las contratas y subcontratas, en general y en cualquier empresa, y en mayor detalle y con una dirección centrada en la prevención de riesgos laborales, en el sector de la construcción. A estas dos reformas normativas vamos a referirnos.

2.- REFORMAS EN LA NORMATIVA GENERAL:

El pasado mes de junio de 2006, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado, en concreto el del día 14, el Real Decreto- Ley 5/2006 de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo. Estamos ante una norma que, sin duda, constituye un punto importante de inflexión en la normativa laboral, ya que afronta el tema del empleo desde la órbita ya no de la mera cantidad, sino buscando una mejor calidad, buscando solucionar algunos problemas que se vienen detectando, entre ellos, el más importante el del encadenamiento de contratos.

El Real Decreto- Ley nace del acuerdo entre la CEOE, CEPYME, UGT y CC. OO. , dentro de los diversos ámbitos que se han ido promocionando para el Diálogo Social. Pues bien, esta norma ha sido ya transformada por nuestras Cortes Generales en Ley 43/2006 de 29 de diciembre, y en ella se contempla también como tema de interés el del fenómeno de la subcontratación, buscando como señala la propia Exposición de Motivos *“asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva sea compatible con la protección de los trabajadores especialmente cuando se trate de empresas principal, contratista y subcontratista que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo”*⁴, añadiendo además el interés por deslindar estos supuestos que pueden producir en algunos casos supuestos de cesión ilegal, para lo cual incluso se produce lo que se señala como definición de cesión ilegal de trabajadores, más bien una descripción, de supuestos, eso sí recordando que la cesión legal de trabajadores sólo puede realizarse por las empresas de trabajo temporal.

En el tema de contratas y subcontratas, pues, en la línea de lo ya actuado en anteriores reformas, el art.42 ET viene a incluir las siguientes novedades:

1.- En el apartado 4 del art. 42 ET, aparece un nuevo concepto⁵, cual es el de empresa que comparta de forma continuada un mismo centro de trabajo, un caso que

⁴ Párrafo séptimo, apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre.

⁵ Al establecer en el párrafo segundo que: *“Cuando la empresa principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá de disponer de un libro*

fácilmente se encuentra con temas como limpieza, seguridad, entre otros. En este supuesto se establece un libro de registro que reflejará toda la información a que se refiere el mismo artículo, en el mismo apartado, respecto a todas las empresas afectadas. Esta información deberá contener el nombre o razón social, domicilio y NIF de la empresa contratista o subcontratista, el objeto, lugar y duración de la contrata, el número de trabajadores ocupados y las medidas preventivas de coordinación de actividades a efectos de la prevención de riesgos. Coincidiendo esta información con la que debe informar a los representantes de los trabajadores, e insistiendo con que, estará dicho libro a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

2.- Se añade un nuevo apartado 6,⁶ que establece que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas podrán plantear cuestiones a los representantes de los trabajadores de la empresa principal, entendemos que se trata de la representación unitaria, es decir delegados de personal o comités de empresa, por referirlo a la representación legal cuando carece de ella.

Se exige para ello la concurrencia de dos requisitos, uno que carezcan de representación legal propia, y además que se trate de temas relacionados a las condiciones de ejecución del trabajo por ejemplo problemas de vestuarios, y no relativos sólo a su empresa, por ejemplo, retrasos en el pago de los salarios.

3.- Pero para el supuesto en que sí cuenten representación legal, se adiciona en el art. 42 ET un nuevo apartado 7, que permite que los representantes legales, si los hubiere, de las empresas contratistas y subcontratistas, y para el supuesto que compartieran centro de trabajo de forma continuada, puedan reunirse para coordinarse entre ellos, y todo ello en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley. Referencia esta última que sólo plantea en el texto legal, es decir en el art. 81 del ET⁷, el uso de locales y

de registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes de los trabajadores”.

⁶ “6. Los trabajadores de las empresas contratista y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación.

Lo dispuestos en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende”.

⁷ Que tras la reforma efectuada, se adicionaba a su anterior redacción: “La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden en la empresa”. Sin que olvidemos que mantiene la misma redacción respecto del derecho al local para desarrollar sus actividades condicionado a que “sus características lo permitan” como también el que: “Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo”.

tablón de anuncios, recordando que en este supuesto de contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo, se permite que podrán hacer uso de dichos locales, remitiéndose a lo que se acuerde con la empresa.

El texto no resuelve las dudas sobre esas reuniones entre los representantes legales, no parece que estemos hablando de ningún órgano creado para este supuesto, por lo que nos encontramos con un tema que será desarrollado en el seno de la propia empresa principal, y quizás habría que entender que igual que lo referido a locales, debería de haber, un acuerdo colectivo con la empresa, cuyo contenido contemplara temas como el aviso previo de la reuniones, el momento de efectuarlas ya bien dentro o fuera de la jornada, sin o con crédito horario específico pero dentro del uso legal del que ya tienen, es decir, temas todos que dependerán de la facultad de autoorganización de los representantes de los trabajadores. Que entendemos estarán en la línea de poder continuar efectuando sus funciones de representación, a través de las reuniones en los locales cedidos por la empresa principal, en donde indirectamente sobre éste empresario principal recae la obligación de “facilitar” los locales que serán los medios que permitirán la celebración de esas reuniones entre ambas representaciones o por separado.⁸ Y en todo caso, será la negociación colectiva la encargada de determinar tanto la capacidad como el ámbito de actuación de la representación, al establecerlo así el art.42.7 ET, ante la falta de claridad del precepto.

3.- LA LEY 32/2006, REGULADORA DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN:

Durante mucho tiempo, se ha venido detectando que en el fenómeno de la alta siniestralidad de la construcción influyen diversos factores, como la temporalidad y variabilidad de cualquier obra, los contratos en precario de muchos trabajadores, etc..., pero sin duda uno de los factores que se ha venido resaltando por su carácter principal en esa siniestralidad, es el del fenómeno de la proliferación de empresas en un centro de trabajo, que es una obra. Ello conlleva a que en muchas ocasiones, ese factor de presencias conjuntas produzca una auténtica multiplicación de los riesgos.

⁸ Vid: MONEREO PÉREZ, J. L.: “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, Aranzadi Social, número 19, año 2006, [BIB 2006\2067] que considera que del precepto se desprende un “llamamiento de Acuerdo colectivo de empresa que determine las condiciones de utilización compartida o uso conjunto de los locales para celebrar reuniones internas entre las distintas representaciones legales de las empresas implicadas en el proceso de subcontratación”.

Ante este tema, y sin olvidar que el fenómeno de la subcontratación obedece a características propias del sector, “*tradición*” le llama la Exposición de Motivos, y a las necesidades de los procesos de externalización productiva o de la especialización, tampoco se puede obviar la necesidad de controlar el proceso que puede llevar a abusos, ya que pueden proliferar empresas sin organización productiva, y a la larga, como dice también la propia Exposición de Motivos “*los indicados excesos de subcontratación pueden facilitar la aparición de prácticas incompatibles con la seguridad y salud en el trabajo*”.⁹

La Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción¹⁰, pretende resolver los graves problemas que, insistimos, vienen planteando el fenómeno de la subcontratación, recortando su uso, como luego veremos, hasta el tercer nivel, y además estableciendo una serie de cautelas:

- a) Exige determinadas condiciones, limitadas y muy rígidas, para que puedan efectuarse subcontrataciones a partir de ese tercer nivel.
- b) Las empresas que quieran trabajar como contratista o subcontratista vienen precisadas a ofrecer unas garantías en cuanto calidad, solvencia, y también en cuanto a que deberán acreditar la formación en prevención de sus trabajadores.
- c) Se establece la obligatoriedad de que dichas empresas tengan en su seno un empleo estable, estableciéndose un porcentaje de la plantilla con trabajadores indefinidos, que comienza en el diez por ciento de la plantilla para llegar a un treinta por ciento.
- d) Se establecen sistemas de control documental de los trabajos, permitiendo así una mayor transparencia en las obras de construcción, a través del Libro de Subcontratación, al que se tiene amplio acceso, como luego veremos.

3.1.- OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY:

La Ley tiene un claro objetivo, cual es el regular la subcontratación en el sector de la construcción, estableciendo en su art.2 cuáles son los trabajos de construcción que

⁹ Último punto del Párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Contratación. Y, como mantiene la doctrina, esta Ley “*trata de hacer frente al gravísimo problema de la siniestralidad laboral en el sector de la construcción*”, vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: “*La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo*”. Aranzadi Social núm. 19, año 2006 [BIB 2006\2067]

¹⁰ BOE de 19 de octubre.

se constituyen en objeto de Ley¹¹, estableciendo una descripción de los trabajos que se efectúan desde que se inicia una obra hasta su terminación, y los que se puedan efectuar en toda obra de construcción, ya sea pública o privada, de construcción o de ingeniería civil.

El artículo 3 contempla un amplio capítulo de definiciones, que no plantean novedades, aunque sí aclara, de acuerdo con la Jurisprudencia, el concepto de promotor¹², y el de contratista o empresario principal¹³, pudiendo coincidir o no ambas figuras.

Se define el concepto de subcontratista, como aquel que asume el compromiso de realizar parte o unidades de obra, bien con contrato con el contratista principal o con otro subcontratista, y que se sujetará al proyecto por el que se rige la ejecución de la obra. También aparece una clarificación en este sentido que llevaría a denominarse primer subcontratista al que tiene como comitente al contratista, el segundo el contratista de aquel y así sucesivamente¹⁴.

La Ley sí que aporta dos novedades importantes. Por un lado el trabajador autónomo¹⁵, que asume partes de obra o instalaciones, y lo puede efectuar de forma personal o individual, es decir por él mismo, o bien empleando trabajadores por cuenta ajena, y en este último caso tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los

¹¹ Así, conforme el párrafo segundo de dicho artículo, se relacionan los trabajos objeto de la ley y que serán los de: “Excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento.

¹² Así, conforme el Art. 3 b) tendrá la consideración de “Promotor: cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra”

¹³ Define, en el apartado e) del art. 3, al contratista o empresario principal como “la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato.” Pero aclarando, en el segundo párrafo de dicho artículo que “Cuando el promotor realice directamente con medios materiales y humanos propios la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrá también la consideración de contratista a los efectos de la presente Ley; asimismo, cuando la contrata se haga con una Unión Temporal de Empresas, que no ejecute directamente la obra, cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de la obra que ejecute.

¹⁴ Cuando, en el apartado f): “Subcontratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente.”

¹⁵ Al definirlo en el apartado g) como “la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplea en la obra trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la presente Ley”

efectos de la Ley, ocupando por lo tanto un nivel y evitando así el fraude que podría cometerse.

También es importante en este sentido que se definan tanto la subcontratación como el nivel, calificando al primera como *práctica mercantil de organización productiva* por la cual se encarga parte del trabajo por parte del contratista o subcontratista *a otro subcontratista o a un trabajador autónomo*¹⁶. Y el nivel será cada uno de los escalones en que se va desarrollando el trabajo¹⁷.

3.2-REQUISITOS DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS O SUBCONTRATISTAS:

El legislador establece, en el artículo 4 de la Ley, una serie de requisitos exigibles tanto a los contratistas, como a los subcontratistas, buscando evitar la existencia de falsas empresas, sin solvencia, sin medios que son además fuentes peligrosas de accidentes. En este sentido se establecen:

- a) Deben tratarse de empresas reales, con una organización productiva propia, lo que incluye los medios materiales y personales necesarios para poder realizar su actividad, asumiendo también lo que define el propio concepto de empresa, es decir, asumiendo los riesgos, responsabilidades y obligaciones que conlleva toda actividad empresarial. (Art. 4. 1 a) y b))
- b) Para evitar el fraude tanto respecto a empresas como a autónomos, se establece (Art. 4 1 c) que ambos deben ser los que organicen y dirijan sus trabajos y en el caso de los autónomos, que los sean realmente, aunque en ambos supuestos cabe el sometimiento a las órdenes generales de planificación y ejecución de la obra que le correspondería al contratista principal.
- c) Se establece (Art. 4.2 a)) la necesidad de que se disponga de personal con la formación necesaria en prevención de riesgos, y tanto para el personal directivo como para la mano de obra directa, y deberá tener uno de los modelos de organización de los previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
- d) Se crea un registro de Empresas acreditadas (Art. 6), que dependerá de la Autoridad de la Comunidad Autónoma, en donde se encuentre el domicilio social de la empresa, estableciendo un sistema de comunicación de todos los

¹⁶ Art. 3 h) Ley 32/2006 de 18 de octubre.

¹⁷ En el apartado i) del art. 3 al decir que será “*cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor*”.

registros y las formas de acceso, así como se establece que reglamentariamente se establecerá tanto la forma como los contenidos de dicho registro, y algo importante la inscripción tendrá validez para todo el territorio nacional. Se pretende con este registro dotar de un mayor rigor y transparencia para los contratantes a la hora de efectuar las contrataciones y subcontrataciones. Para ello las empresas acreditarán cumplir los requisitos que hemos venido reseñando en los puntos anteriores, mediante el sistema de efectuar una declaración documental, de que cumplen los requisitos (Art. 4.3), algo que se concretará también en cuanto a forma y contenido en el desarrollo reglamentario.

- e) La novedad más importante de la Ley, sin embargo, se encuentra en el tema del empleo en estas empresas¹⁸, ya que aquellas que se contraten “*habitualmente*” en trabajos de obras de construcción, se ven obligadas a tener una parte de la plantilla con trabajadores que tengan un contrato indefinido, porcentaje que se inicia con un diez por ciento desde la fecha de entrada en vigor de la Ley y durante los primeros dieciocho meses de su vigencia, continúa con un veinte por ciento en el periodo del mes decimonoveno al trigésimo sexto para llegar a ser del treinta por ciento a partir del mes trigésimo séptimo inclusive, aunque se advierte que la forma de efectuar el cómputo vendrá determinado de forma reglamentaria y no podemos saber si también se establecerá algún criterio para definir el concepto de *habitualidad*, aunque en este caso entendemos bastará con analizar el volumen de actividad económica de la empresa y ver qué parte es la dedicada a las obras de construcción.

3.3. -RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 5 de la Ley constituye, sin duda, el punto central de la reforma operada. La norma parte de un principio que se recalca, cual es que la subcontratación es un fenómeno existente en el sistema productivo de las empresas, y constituye una forma de organización productiva que como tal es legítimo, y que por lo tanto no puede ser limitado.

¹⁸ Tal y como se establece en el apartado 4 del Art. 4: “*Las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados de carácter indefinido que no será inferior al 10 por ciento durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20 por ciento durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30 por ciento a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive*”.

Sin embargo, la realidad de lo observado en numerosas obras en las que se detectan graves abusos, y su relación directa y constatada con la siniestralidad, llevan a que el legislador señale que no puede ser limitada, “*salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta ley*”. Es decir, se va a controlar el uso de la subcontratación en virtud de las razones a que antes hemos hecho referencia.

Así pues, se establece un régimen general que lo que hace es limitar hasta el tercer nivel la posibilidad de efectuar subcontrataciones, y ello se concreta desde el momento y punto inicial. El promotor será el que podrá contratar directamente con los contratistas que estime oportuno, siendo indiferente que se trate de personas físicas o jurídicas (Art. 5.2 a)).

El contratista principal, o el promotor si asumiera tales funciones, podrá dar a contratar la ejecución de los trabajos que hubiera contratado con el promotor, y lo podrá hacer tanto con empresas contratistas, como con trabajadores autónomos (Art. 5.2 b)), figura que aparece en la ley¹⁹, dada la relevancia e importancia que puede tener.

Y aquí surge la novedad (Art. 5.2 c)) pues sólo se va a permitir la subcontratación sucesiva a los que lo realicen estando en el primer o en el segundo nivel, de acuerdo con el concepto del artículo 3º a que antes hacíamos referencia, es decir, a los escalones en que se estructura el sistema de subcontratación para desarrollar el total o parte de la obra que asume el contratista en virtud del contrato que tiene con el promotor. Así, el tercer subcontratista no podría ya subcontratar aquellos trabajos que venga realizando en virtud de su contrato, ni con otras empresas subcontratistas ni con trabajadores autónomos. Se produce pues aquí el fin de la subcontratación, el límite real al exceso de empresas en las obras.

Esta regla general del tercer nivel tiene, sin embargo, dos limitaciones y unas posibilidades de excepción. En el primer caso, se trata de una prohibición general de subcontratar a aquellas empresas que sólo colaboran en la obra aportando mano de obra, es decir trabajadores cuyo único trabajo se realice con herramientas manuales, o motorizadas portátiles, y que los otros equipos de trabajo sean de otras empresas de la obra. Pensemos en una empresa de albañilería, que sólo aporta albañiles con sus herramientas manuales, o con sierras de disco propias, pero que obviamente usará los

¹⁹ Vid: MARTÍNEZ BARROSO, M. R :“ *La existencia del deber de vigilancia empresarial en las contrataciones a los trabajadores autónomos, tras la entrada en vigor de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*”. Aranzadi Social, núm. 18, año 2006 [BIB 2006\1992]

materiales de la hormigonera de la obra o los medios para subirlos a las plantas, por ejemplo, montacargas del contratista principal.

Parece claro que en este supuesto no puede haber ninguna razón para subcontratar, salvo para realizar abusos, como sería el crear unidades falsas de obra, como serían albañilería de interior o exterior, distinguiendo tipos de paredes, etc. y que lo que deberá hacerse será contratar la propia empresa más trabajadores si hay mayor cantidad de trabajo, no pudiendo recurrir a otra subcontratación.

Tampoco se permite (Art. 5,2 e)) la subcontratación y con carácter general, cuando se trate de trabajadores autónomos, que por lo tanto no podrá subcontratar los trabajos a ellos encomendados, ni con otros trabajadores autónomos ni con empresas subcontratistas.

El legislador, sin embargo, establece una posibilidad de extender el tercer nivel²⁰ a que antes hemos hecho referencia, pero es una posibilidad excepcional, y como tal restrictiva, y que sólo puede obedecer a cuatro causas:

- a) casos fortuitos
- b) exigencias de especialización
- c) complicaciones técnicas
- d) fuerza mayor

Si descendemos al detalle, es obvio que en un derribo puede surgir la aparición de materiales, o riesgos imprevistos, en una excavación pueden aparecer dificultades añadidas en los trabajos por las características del terreno, o unas fuertes lluvias pueden exigir que tengamos que contratar empresas con medios especializados para el rápido secado y extracción de agua, es decir, en todos estos casos habría una justificación obvia para la aparición de un nivel adicional.

Ahora bien, para ello se requiere que la dirección facultativa de la obra lo justifique y lo apruebe, señalando la causa o causas que den lugar a dicha situación excepcional, lo anotará en el Libro de Subcontratación, y además de que dicho Libro

²⁰ Al establecer en el primer párrafo del apartado 3 del art. 5: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando en casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra, fuera necesario, a juicio de la dirección facultativa, la contratación de alguna parte de la obra con terceros, excepcionalmente se podrá extender la subcontratación establecida en el apartado anterior en un nivel adicional, siempre que se haga constar por la dirección facultativa su aprobación previa y al causa o causas motivadoras de la misma en el Libro de Subcontratación al que se refiere el artículo 7 de esta Ley”. Y añadiendo en el segundo párrafo la excepción ante la concurrencia de fuerza mayor al decir que “No se aplicará la ampliación excepcional de la subcontratación prevista en el párrafo anterior en los supuestos contemplados en las letras e) y f) del apartado anterior, salvo que la circunstancia motivadora se la de fuerza mayor”

esté a disposición de todos los implicados en la obra a los que luego haremos referencia, se señala expresamente que se pondrá en conocimiento tanto del coordinador de seguridad y salud, como de todos los representantes de los trabajadores de las empresas que se encuentren en el ámbito de aplicación de sus trabajos, porque pueden verse afectadas, y además en el plazo de los cinco días hábiles siguientes, lo pondrá en conocimiento de la Autoridad Laboral, en tal caso además de la anotación en el Libro se habla de un informe expreso de la dirección facultativa señalando las causas de su necesidad, algo que puede aparecer como reiterativo a lo ya contenido en el Libro o que puede ser ampliatorio de aquel, y en todo caso lo lógico es que tal informe lo tramita la Autoridad Laboral tanto a sus propios servicios técnicos, como en especial a la Inspección de Trabajo.

Nos encontramos pues ante unos supuestos excepcionales, que el legislador ha procurado rodear de todas las garantías necesarias para que sean realmente excepcionales, obedezcan a unas razones tasadas y justificadas y controlables par evitar que sean un mal uso de la ley.

Este nivel adicional, sin embargo, no podrá realizarse nunca ni por trabajadores autónomos, ni tampoco por aquellas empresas a que antes hacíamos referencia como de fundamentalmente aportación de mano de obra.

3.4. -REGISTRO DE EMPRESAS ACREDITADAS:

Como una garantía adicional, y en línea con lo sucedido en otras legislaciones, se va a crear el Registro de Empresas (art. 6). Este Registro tendrá carácter autonómico, y por lo tanto, la inscripción deberá hacerse por cada empresa en la Comunidad en la que aquella tenga el domicilio social, aunque la inscripción lógicamente tendrá luego carácter nacional, y aquí se señala que será un registro de datos de acceso público, obviamente como dice el legislador salvaguardando el respeto a los datos que afectan al derecho a la intimidad.

Habrá, sin embargo que esperar al desarrollo reglamentario que deberá determinar capítulos y temas tan importantes, como cuál será el contenido de los datos a aportar al Registro, la forma de la inscripción, y los efectos, pero sobre todo la necesidad de un sistema que permita la coordinación de todos los registros.

3.5.- EL LIBRO DE SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 8 de la Ley plantea el Libro de Subcontratación, en la línea del Libro Registro que también establece en la reforma que se opera en el art. 42 E.T²¹..

Este libro es el principal documento que permitirá durante la realización de una obra, el poder conocer y controlar el cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la misma, y así se indica, en primer lugar, que deberá permanecer en todo momento en la obra, y que reflejará, siempre en orden cronológico, todas las subcontrataciones realizadas, detallando todas las operaciones que deben incluirse en las anotaciones,, con identificaciones tanto de las empresas, como de las personas responsables, así como que deberá señalarse el nivel que corresponde a cada subcontratación, y las acreditaciones de las obligaciones en materia de prevención de riesgos.

Este es un Libro al que tendrán acceso desde el coordinador, las empresas implicadas, y por supuesto la Autoridad Laboral, los técnicos de prevención, los delegados de prevención y los representantes de los trabajadores en todas las empresas que intervengan en la obra. Este libro se determina que reglamentariamente se establecerán sus condiciones, y sus contenidos.

Asimismo, se produce una importante novedad, dado que el texto de la Ley contempla la previsión de que se va a revisar toda la documentación existente ahora en la empresa, buscando con ello el conseguir una unificación y simplificación de dicha documentación.

En este sentido, es importante el art.10 que plantea la documentación que acredite la formación preventiva de los trabajadores, aunque es un artículo que puede quedar muy inconcreto, ya que en primer lugar vuelve a recordar la obligación general de las empresas de velar porque los trabajadores tengan la formación necesaria y adecuada en el tema de prevención, así como se remite a la posibilidad de que la negociación colectiva “*pueda*” establecer aquellos programas de formación que puedan ser individualizados por puestos de trabajo, pero quizás hubiera sido de desear el “*deba*” en lugar del “*pueda*” haciendo tal cláusula contenido obligatorio del convenio en un sector tan peligroso como este.

²¹ Vid: SEMPERE NAVARRO, A. V.: “*Los fenómenos interempresariales y el nuevo Libro registro tras el Real Decreto Ley 5/2006: un esquema*”. Aranzadi Social, números 7-8 año 2006 [BIB 2006/926]

También se plantea el tema del documento acreditativo de la formación preventiva específica que haya recibido cada trabajador, abriendo una doble posibilidad, que esta regulación la efectúe la propia negociación colectiva del sector, o bien se haga reglamentariamente.

Este documento, sin embargo, ofrece fuertes dosis de voluntarismo a la hora de definirlo, porque su diseño, ejecución y expedición puede, es decir es una posibilidad, realizarse a través de los órganos paritarios de los convenios sectoriales estatales, en colaboración con la Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Si unimos esta redacción posibilista con el párrafo anterior, que habla de una doble vía, podríamos habernos encontrado con el retraso en la regulación de un tema que pensamos es necesario sea tratado de forma más urgente, aunque parece, según algunas fuentes²², puede estar cercana su aprobación en el seno de la Fundación Laboral de la Construcción. Se tratará de un documento con validez para cinco años y que al renovarse se debería volver a acreditar la formación.

Por último, en el texto legal habían surgido dudas respecto a la titularidad de los bienes utilizados por las empresas, y en concreto sobre el título que debían tener las empresas sobre tales bienes, dado que en el artículo cuatro y al hablar de los requisitos exigibles a las empresas, tanto contratistas como subcontratistas, se refiere a que deben tener una organización productiva propia, que justifique y establece de forma clara su realidad como tal empresa evitando existan empresas creadas artificialmente por otras para diluir responsabilidades, y que carezcan de cualquier elemento de aquellos que la jurisprudencia ha considerado deben existir para que exista tal realidad empresarial.

Es claro que el artículo octavo habla de posesión de la maquinaria, que lo puede ser por ejemplo por alquiler, pensemos en los grandes equipos de trabajo, de muy alto coste o muy especializados, por lo tanto no debe entenderse exista contradicción entre ambos planteamientos. Por un lado deben disponer de una auténtica empresa, pero a su vez esta puede utilizar equipos que obviamente puede recabar de otras empresas.

3.6. -INFRACCIONES Y SANCIONES:

La Ley contiene una amplia reforma de la normativa en materia de infracciones y sanciones en el orden social²³ (LISOS). Así en primer lugar en las

²² Gaceta Prevención (Lex Nova) Año III, núm. 55, de 19 de marzo de 2007.

²³ Nos referimos al RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

infracciones en materia laboral, en concreto, y como infracción muy grave, se define en el artículo 8²⁴ el incumplimiento de la obligación de fijeza en la plantilla establecida en esta Ley, y que se concretará en un posterior desarrollo reglamentario.

Pero es en materia de prevención de riesgos en donde se producen las mayores novedades. Así en el art. 11 LISOS, se establecen dos nuevas infracciones de carácter leve, cuales son el “*no disponer en la obra de construcción del Libro de Subcontratación*” (art. 11.6 LISOS), y “*no disponer el contratista o subcontratista de la documentación o título*” que le permita acreditar estar en posesión de la maquinaria que utiliza (art. 11.7 LISOS).

Son pues obligaciones de carácter formal o documental que se consideran leves, aunque maticemos que en el primer supuesto será el no disponer del Libro en la obra, en el momento de la visita, pero luego será grave el no llevarlo en orden al día, con lo cual presupone que será también el no tenerlo en absoluto, porque en caso contrario sería una contradicción.

Como infracciones graves, en materia de prevención de riesgos, se detallan tres nuevos apartados en el art.12 LISOS, en concreto el punto 27 se refiere a las obligaciones del *subcontratista*, en concreto sancionan, en el apartado a), los incumplimientos *del deber de acreditar* que se dispone de los recursos humanos, que se tiene un sistema de organización de la prevención adecuado y que se encuentra inscrita en el Registro de Empresas. Por otro lado se sanciona, en el apartado b), el incumplimiento *de la obligación de comunicar los datos* necesarios para que pueda ser cumplimentado correctamente el Libro de Subcontratación, y por último, en el apartado c), superar los niveles permitidos de subcontratación o permitirla en los ámbitos excluidos de ejecución de subcontrataciones.

El punto 28, del artículo 12, se refiere a las obligaciones del *contratista*, repitiendo las que contemplan *supuestos no previstos*, o de *acreditar los medios* de que disponen, y, como hemos significado antes, el *no llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación* y como infracción particular y concreta del contratista *la vulneración de los derechos de información sobre las contratas y subcontratas* que se realicen, y que debe facilitar a los representantes de los trabajadores.

²⁴ Así se introduce en la Disposición adicional primera de la Ley, con el siguiente texto: “16. El incumplimiento de la normativa sobre limitación de la proporción mínima de trabajadores contratados con carácter indefinido contenida en la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y en su reglamento de aplicación”

Por último, el punto 29 contiene una sanción específica del *promotor*, ya que lo será el certificar, *sin que concurran las causas*, por parte de la dirección facultativa que se da un supuesto de *ampliación* de niveles de subcontratación.

La reforma del art. 13 LISOS contiene las mismas infracciones referidas en el ámbito del *subcontratista*, *al deber de acreditación* de los recursos (apartado 15 a), a utilización indebida de la *subcontratación* en supuestos *no permitidos* (apartado 15 b), incluyendo el supuesto de que se faciliten *datos falsos al contratista o al subcontratista* (apartado 15 c) para el que trabaje, incumpliendo los requisitos legales. En los dos primeros casos, será muy grave cuando se trate de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y la salud de los trabajadores en el sector de la construcción, contenidos en el anexo II del RD 1627/1997.

En relación con los *contratistas* (apartado 16), también se considerarán muy graves en el caso de dichos trabajos con *riesgos especiales* (apartado 16 a)), los incumplimientos en relación con *el deber de acreditar* (apartado 16 b)) de sus medios o realizar supuestos prohibidos superando los niveles permitidos (apartado 16 c)).

Y por último, en el apartado 17, y para el caso de *trabajos con riesgos especiales*, y tratándose de *promotores*, se considerará muy grave la actuación de la dirección facultativa ampliando un nivel sin causa.

3.7.- OTRAS CUESTIONES:

La Ley contiene una serie de normas en sus Disposiciones adicionales segunda y tercera, referidas, en el primer supuesto a aquellas otras incluidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la Disposición adicional tercera²⁵ permite que la negociación colectiva del sector, a nivel estatal, realice (“*podrá*”) un adaptación de la actual regulación normativa del contrato de obra o servicio determinado para poder conseguir una mejora en la situación del empleo. Hemos de precisar que esta Disposición adicional tercera, la consideramos necesaria dada la reforma normativa introducida en el párrafo 5 de art. 15 ET a través de la Ley 43/2006 sobre encadenamiento de los contratos temporales, entre ellos los de obra o servicio determinado, que son los típicos

²⁵ Así establece que “*Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio de terminado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación.*”

del sector de la construcción, y que los limita a veinticuatro meses de duración en un periodo de treinta meses y en su párrafo segundo encomienda, a la negociación colectiva, establecer los requisitos necesarios para evitar una utilización excesiva. Lógicamente con la actual regulación contenida en el convenio estatal del sector²⁶ que prevé la duración del contrato de obra o servicio por un periodo de treinta y seis meses, si no existe esa adaptación, difícilmente podemos esperar el cumplimiento del precepto legal.

Por último, y tras cifrar la entrada en vigor en seis meses, es decir, hasta el 19 de abril de 2007, se establece una ficha en el anexo provisional hasta en tanto aparezca desarrollado reglamentariamente el libro de subcontratación.

²⁶ Resolución de 26 de julio de 2002, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio Colectivo General del sector de la Construcción 2002-2006, que en su artículo 28 para el contrato “*fijo de obra*” cuyo objeto es el contenido en el art. 15 1 a) ET, prevé que podrá trabajar en distintos centros de trabajo sucesivos durante un máximo de tres años, previendo que incluso puedan prolongarse más allá sin perder el carácter temporal, al contraponerlo, en el art. 28, al contrato “*fijo de plantilla*”.

“LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.”

Por María Angeles Burgos Giner. Profesora Titular EU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universitat Jaume I Castellón., y Vicente Sampedro Guillamón. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

1.-INTRODUCCIÓN:

La evolución de las relaciones laborales, y de la legislación que las regula, viene ajustándose a los cambios que en los sistemas económicos y productivos se vienen produciendo. Así tras la llamada crisis del petróleo, surgió el llamado, a su vez, derecho del Trabajo de la crisis y algunos de los principios que parecía inmutables van sufriendo fuertes golpes que llegan a desnaturalizarlos, por ejemplo al existir un “contrato temporal de fomento del empleo¹”, no causal. Aunque también es lo cierto que los gobiernos y las legislaciones han comprobado que se habían producido muchos abusos y han querido volver atrás, como lo sucedido en nuestro país en la reciente reforma laboral².

Sin embargo, hay algunos cambios que no van a desaparecer, y entre ellos se citarían a los fenómenos de la descentralización productiva o a la externalización de funciones, a través de las figuras de las contratadas y subcontratadas como medios para auxiliarse las empresas y así poder dar cumplimiento a los compromisos adquiridos. Ya que, como ha señalado la doctrina, al referirse a la descentralización productiva, debe de “contemplarse como una técnica de gestión”, sin olvidar que cuenta con un instrumento, que es la flexibilidad, ya que “la cuestión de fondo es la relativa a su utilización para

¹ Sería el caso, por ejemplo del RD 1989/1984, de 17 de octubre y todas las intervenciones normativas flexibilizando la contratación temporal. Ya que si recordamos, en la redacción dada art. 17.3 del E.T./1980 se contemplaba la habilitación dada al Gobierno para la adopción de medidas que facilitarían la colocación de trabajadores demandantes de empleo, y bajo esta cobertura legal aparece una modalidad contractual de carácter coyuntural: la contratación temporal de fomento del empleo, que fue muy utilizada hasta la reforma del ET en 1995, y que en la actualidad queda solamente vigente para los trabajadores con discapacidad de acuerdo con la Disposición Adicional primera de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo. Sobre la temporalidad como medida de fomento del empleo: vid. SEGURA, J, DURÁN, F, TOHARIA, L y BENTOLILA, S: “Análisis de la contratación temporal en España”, Madrid, 1991, MTSS, en especial pág .25. ELORDI DENTICI, A, DEL REY GUANTER, S, SERRANO MARTÍNEZ, J Y GALA DURÁN, C: “Trabajo, temporalidad y Empresas de Trabajo temporal en España”, Madrid 2001, Agett, en especial págs. 129 y sgs; sobre la evolución del empleo temporal entre 1976 y 2001.

² Nos referimos a la operada a través del RD Ley 5/2006 de 9 de junio y que se convirtió en la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo.

reducir costes y hacer posible un uso flexible de la mano de obra mediante la diversificación de las fuentes de aportación del volumen de mano de obra que la empresa precisa para su funcionamiento”³. En el primer caso, los trabajos son dados a las empresas fuera de la principal, por ejemplo los talleres en el sector de la confección, o incluso a países llamados del tercer mundo, y en el supuesto de la externalización de funciones, la empresa va desgajando las labores no directamente relacionadas con su trabajo central, y las va dejando en mano de terceras empresas que realizan sus trabajos en su propio centro de trabajo.

Puede parecer extraño, pero ahora se pretende que una empresa que fabrique azulejos, se dedique solamente a eso, pero es obvio que ahora el personal dedicado a limpieza, a mantenimiento, a seguridad no es de la propia empresa sino que es contratado a empresas terceras que prestarán allí sus servicios.

Incluso en un paso más, los propios trabajos centrales del proceso productivo, pueden ser cubiertos en caso de necesidades extraordinarias, por ejemplo aumentos de pedidos o bajas de varios trabajadores por enfermedad, bien por contratos de duración determinada contratados por la propia empresa o bien recurriendo a una empresa de trabajo temporal, en un fenómeno que hemos denominado siempre cesión de trabajadores, antes ilícito administrativo, incluso penal, pero que ahora sólo lo será en el caso de efectuarse fuera de una empresa de trabajo temporal, o de la regulación normativa de estas.

Si esta situación es general en la mayor parte de empresas, sea cual sea su tamaño y su sector, el tema se vuelve más preocupante cuando hablamos de las obras de construcción. En ellas confluyen siempre varias empresas que se corresponden con las distintas unidades de una obra, y a su vez estas contratistas vuelven a subcontratar parte de sus trabajos a unos subcontratistas o a trabajadores autónomos.

En principio, cualquier presencia de varias empresas en un mismo lugar de trabajo siempre entraña un riesgo añadido, podríamos decir que los riesgos de cada trabajo se van acumulando, y más aún si consideramos el sector de la construcción, en que ya no se acumulan sino que se multiplican y son una de las causas que producen la alta siniestralidad del sector.

³ Tal y como lo ha expresado RIVERO LAMAS, J : “*La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*” en AA.VV.: “*Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*” X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid 2000, MTSS, pag. 81.

Por ello, el legislador ha venido introduciendo reformas en el tema de las contratas y subcontratas, en general y en cualquier empresa, y en mayor detalle y con una dirección centrada en la prevención de riesgos laborales, en el sector de la construcción. A estas dos reformas normativas vamos a referirnos.

2.- REFORMAS EN LA NORMATIVA GENERAL:

El pasado mes de junio de 2006, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado, en concreto el del día 14, el Real Decreto- Ley 5/2006 de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo. Estamos ante una norma que, sin duda, constituye un punto importante de inflexión en la normativa laboral, ya que afronta el tema del empleo desde la órbita ya no de la mera cantidad, sino buscando una mejor calidad, buscando solucionar algunos problemas que se vienen detectando, entre ellos, el más importante el del encadenamiento de contratos.

El Real Decreto- Ley nace del acuerdo entre la CEOE, CEPYME, UGT y CC. OO. , dentro de los diversos ámbitos que se han ido promocionando para el Diálogo Social. Pues bien, esta norma ha sido ya transformada por nuestras Cortes Generales en Ley 43/2006 de 29 de diciembre, y en ella se contempla también como tema de interés el del fenómeno de la subcontratación, buscando como señala la propia Exposición de Motivos *“asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva sea compatible con la protección de los trabajadores especialmente cuando se trate de empresas principal, contratista y subcontratista que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo”*⁴, añadiendo además el interés por deslindar estos supuestos que pueden producir en algunos casos supuestos de cesión ilegal, para lo cual incluso se produce lo que se señala como definición de cesión ilegal de trabajadores, más bien una descripción, de supuestos, eso sí recordando que la cesión legal de trabajadores sólo puede realizarse por las empresas de trabajo temporal.

En el tema de contratas y subcontratas, pues, en la línea de lo ya actuado en anteriores reformas, el art.42 ET viene a incluir las siguientes novedades:

1.- En el apartado 4 del art. 42 ET, aparece un nuevo concepto⁵, cual es el de empresa que comparta de forma continuada un mismo centro de trabajo, un caso que

⁴ Párrafo séptimo, apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre.

⁵ Al establecer en el párrafo segundo que: *“Cuando la empresa principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá de disponer de un libro*

fácilmente se encuentra con temas como limpieza, seguridad, entre otros. En este supuesto se establece un libro de registro que reflejará toda la información a que se refiere el mismo artículo, en el mismo apartado, respecto a todas las empresas afectadas. Esta información deberá contener el nombre o razón social, domicilio y NIF de la empresa contratista o subcontratista, el objeto, lugar y duración de la contrata, el número de trabajadores ocupados y las medidas preventivas de coordinación de actividades a efectos de la prevención de riesgos. Coincidiendo esta información con la que debe informar a los representantes de los trabajadores, e insistiendo con que, estará dicho libro a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

2.- Se añade un nuevo apartado 6,⁶ que establece que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas podrán plantear cuestiones a los representantes de los trabajadores de la empresa principal, entendemos que se trata de la representación unitaria, es decir delegados de personal o comités de empresa, por referirlo a la representación legal cuando carece de ella.

Se exige para ello la concurrencia de dos requisitos, uno que carezcan de representación legal propia, y además que se trate de temas relacionados a las condiciones de ejecución del trabajo por ejemplo problemas de vestuarios, y no relativos sólo a su empresa, por ejemplo, retrasos en el pago de los salarios.

3.- Pero para el supuesto en que sí cuenten representación legal, se adiciona en el art. 42 ET un nuevo apartado 7, que permite que los representantes legales, si los hubiere, de las empresas contratistas y subcontratistas, y para el supuesto que compartieran centro de trabajo de forma continuada, puedan reunirse para coordinarse entre ellos, y todo ello en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley. Referencia esta última que sólo plantea en el texto legal, es decir en el art. 81 del ET⁷, el uso de locales y

de registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes de los trabajadores”.

⁶ “6. Los trabajadores de las empresas contratista y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación.

Lo dispuestos en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende”.

⁷ Que tras la reforma efectuada, se adicionaba a su anterior redacción: “La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden en la empresa”. Sin que olvidemos que mantiene la misma redacción respecto del derecho al local para desarrollar sus actividades condicionado a que “sus características lo permitan” como también el que: “Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo”.

tablón de anuncios, recordando que en este supuesto de contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo, se permite que podrán hacer uso de dichos locales, remitiéndose a lo que se acuerde con la empresa.

El texto no resuelve las dudas sobre esas reuniones entre los representantes legales, no parece que estemos hablando de ningún órgano creado para este supuesto, por lo que nos encontramos con un tema que será desarrollado en el seno de la propia empresa principal, y quizás habría que entender que igual que lo referido a locales, debería de haber, un acuerdo colectivo con la empresa, cuyo contenido contemplara temas como el aviso previo de la reuniones, el momento de efectuarlas ya bien dentro o fuera de la jornada, sin o con crédito horario específico pero dentro del uso legal del que ya tienen, es decir, temas todos que dependerán de la facultad de autoorganización de los representantes de los trabajadores. Que entendemos estarán en la línea de poder continuar efectuando sus funciones de representación, a través de las reuniones en los locales cedidos por la empresa principal, en donde indirectamente sobre éste empresario principal recae la obligación de “facilitar” los locales que serán los medios que permitirán la celebración de esas reuniones entre ambas representaciones o por separado.⁸ Y en todo caso, será la negociación colectiva la encargada de determinar tanto la capacidad como el ámbito de actuación de la representación, al establecerlo así el art.42.7 ET, ante la falta de claridad del precepto.

3.- LA LEY 32/2006, REGULADORA DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN:

Durante mucho tiempo, se ha venido detectando que en el fenómeno de la alta siniestralidad de la construcción influyen diversos factores, como la temporalidad y variabilidad de cualquier obra, los contratos en precario de muchos trabajadores, etc..., pero sin duda uno de los factores que se ha venido resaltando por su carácter principal en esa siniestralidad, es el del fenómeno de la proliferación de empresas en un centro de trabajo, que es una obra. Ello conlleva a que en muchas ocasiones, ese factor de presencias conjuntas produzca una auténtica multiplicación de los riesgos.

⁸ Vid: MONEREO PÉREZ, J. L.: “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, Aranzadi Social, número 19, año 2006, [BIB 2006\2067] que considera que del precepto se desprende un “llamamiento de Acuerdo colectivo de empresa que determine las condiciones de utilización compartida o uso conjunto de los locales para celebrar reuniones internas entre las distintas representaciones legales de las empresas implicadas en el proceso de subcontratación”.

Ante este tema, y sin olvidar que el fenómeno de la subcontratación obedece a características propias del sector, “*tradición*” le llama la Exposición de Motivos, y a las necesidades de los procesos de externalización productiva o de la especialización, tampoco se puede obviar la necesidad de controlar el proceso que puede llevar a abusos, ya que pueden proliferar empresas sin organización productiva, y a la larga, como dice también la propia Exposición de Motivos “*los indicados excesos de subcontratación pueden facilitar la aparición de prácticas incompatibles con la seguridad y salud en el trabajo*”.⁹

La Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción¹⁰, pretende resolver los graves problemas que, insistimos, vienen planteando el fenómeno de la subcontratación, recortando su uso, como luego veremos, hasta el tercer nivel, y además estableciendo una serie de cautelas:

- a) Exige determinadas condiciones, limitadas y muy rígidas, para que puedan efectuarse subcontrataciones a partir de ese tercer nivel.
- b) Las empresas que quieran trabajar como contratista o subcontratista vienen precisadas a ofrecer unas garantías en cuanto calidad, solvencia, y también en cuanto a que deberán acreditar la formación en prevención de sus trabajadores.
- c) Se establece la obligatoriedad de que dichas empresas tengan en su seno un empleo estable, estableciéndose un porcentaje de la plantilla con trabajadores indefinidos, que comienza en el diez por ciento de la plantilla para llegar a un treinta por ciento.
- d) Se establecen sistemas de control documental de los trabajos, permitiendo así una mayor transparencia en las obras de construcción, a través del Libro de Subcontratación, al que se tiene amplio acceso, como luego veremos.

3.1.- OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY:

La Ley tiene un claro objetivo, cual es el regular la subcontratación en el sector de la construcción, estableciendo en su art.2 cuáles son los trabajos de construcción que

⁹ Último punto del Párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Contratación. Y, como mantiene la doctrina, esta Ley “*trata de hacer frente al gravísimo problema de la siniestralidad laboral en el sector de la construcción*”, vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: “*La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo*”. Aranzadi Social núm. 19, año 2006 [BIB 2006\2067]

¹⁰ BOE de 19 de octubre.

se constituyen en objeto de Ley¹¹, estableciendo una descripción de los trabajos que se efectúan desde que se inicia una obra hasta su terminación, y los que se puedan efectuar en toda obra de construcción, ya sea pública o privada, de construcción o de ingeniería civil.

El artículo 3 contempla un amplio capítulo de definiciones, que no plantean novedades, aunque sí aclara, de acuerdo con la Jurisprudencia, el concepto de promotor¹², y el de contratista o empresario principal¹³, pudiendo coincidir o no ambas figuras.

Se define el concepto de subcontratista, como aquel que asume el compromiso de realizar parte o unidades de obra, bien con contrato con el contratista principal o con otro subcontratista, y que se sujetará al proyecto por el que se rige la ejecución de la obra. También aparece una clarificación en este sentido que llevaría a denominarse primer subcontratista al que tiene como comitente al contratista, el segundo el contratista de aquel y así sucesivamente¹⁴.

La Ley sí que aporta dos novedades importantes. Por un lado el trabajador autónomo¹⁵, que asume partes de obra o instalaciones, y lo puede efectuar de forma personal o individual, es decir por él mismo, o bien empleando trabajadores por cuenta ajena, y en este último caso tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los

¹¹ Así, conforme el párrafo segundo de dicho artículo, se relacionan los trabajos objeto de la ley y que serán los de: “Excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento.

¹² Así, conforme el Art. 3 b) tendrá la consideración de “Promotor: cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra”

¹³ Define, en el apartado e) del art. 3, al contratista o empresario principal como “la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato.” Pero aclarando, en el segundo párrafo de dicho artículo que “Cuando el promotor realice directamente con medios materiales y humanos propios la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrá también la consideración de contratista a los efectos de la presente Ley; asimismo, cuando la contrata se haga con una Unión Temporal de Empresas, que no ejecute directamente la obra, cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de la obra que ejecute.

¹⁴ Cuando, en el apartado f): “Subcontratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente.”

¹⁵ Al definirlo en el apartado g) como “la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplea en la obra trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la presente Ley”

efectos de la Ley, ocupando por lo tanto un nivel y evitando así el fraude que podría cometerse.

También es importante en este sentido que se definan tanto la subcontratación como el nivel, calificando al primera como *práctica mercantil de organización productiva* por la cual se encarga parte del trabajo por parte del contratista o subcontratista *a otro subcontratista o a un trabajador autónomo*¹⁶. Y el nivel será cada uno de los escalones en que se va desarrollando el trabajo¹⁷.

3.2-REQUISITOS DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS O SUBCONTRATISTAS:

El legislador establece, en el artículo 4 de la Ley, una serie de requisitos exigibles tanto a los contratistas, como a los subcontratistas, buscando evitar la existencia de falsas empresas, sin solvencia, sin medios que son además fuentes peligrosas de accidentes. En este sentido se establecen:

- a) Deben tratarse de empresas reales, con una organización productiva propia, lo que incluye los medios materiales y personales necesarios para poder realizar su actividad, asumiendo también lo que define el propio concepto de empresa, es decir, asumiendo los riesgos, responsabilidades y obligaciones que conlleva toda actividad empresarial. (Art. 4. 1 a) y b))
- b) Para evitar el fraude tanto respecto a empresas como a autónomos, se establece (Art. 4 1 c) que ambos deben ser los que organicen y dirijan sus trabajos y en el caso de los autónomos, que los sean realmente, aunque en ambos supuestos cabe el sometimiento a las órdenes generales de planificación y ejecución de la obra que le correspondería al contratista principal.
- c) Se establece (Art. 4.2 a)) la necesidad de que se disponga de personal con la formación necesaria en prevención de riesgos, y tanto para el personal directivo como para la mano de obra directa, y deberá tener uno de los modelos de organización de los previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
- d) Se crea un registro de Empresas acreditadas (Art. 6), que dependerá de la Autoridad de la Comunidad Autónoma, en donde se encuentre el domicilio social de la empresa, estableciendo un sistema de comunicación de todos los

¹⁶ Art. 3 h) Ley 32/2006 de 18 de octubre.

¹⁷ En el apartado i) del art. 3 al decir que será “*cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor*”.

registros y las formas de acceso, así como se establece que reglamentariamente se establecerá tanto la forma como los contenidos de dicho registro, y algo importante la inscripción tendrá validez para todo el territorio nacional. Se pretende con este registro dotar de un mayor rigor y transparencia para los contratantes a la hora de efectuar las contrataciones y subcontrataciones. Para ello las empresas acreditarán cumplir los requisitos que hemos venido reseñando en los puntos anteriores, mediante el sistema de efectuar una declaración documental, de que cumplen los requisitos (Art. 4.3), algo que se concretará también en cuanto a forma y contenido en el desarrollo reglamentario.

- e) La novedad más importante de la Ley, sin embargo, se encuentra en el tema del empleo en estas empresas¹⁸, ya que aquellas que se contraten “*habitualmente*” en trabajos de obras de construcción, se ven obligadas a tener una parte de la plantilla con trabajadores que tengan un contrato indefinido, porcentaje que se inicia con un diez por ciento desde la fecha de entrada en vigor de la Ley y durante los primeros dieciocho meses de su vigencia, continúa con un veinte por ciento en el periodo del mes decimonoveno al trigésimo sexto para llegar a ser del treinta por ciento a partir del mes trigésimo séptimo inclusive, aunque se advierte que la forma de efectuar el cómputo vendrá determinado de forma reglamentaria y no podemos saber si también se establecerá algún criterio para definir el concepto de *habitualidad*, aunque en este caso entendemos bastará con analizar el volumen de actividad económica de la empresa y ver qué parte es la dedicada a las obras de construcción.

3.3. -RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 5 de la Ley constituye, sin duda, el punto central de la reforma operada. La norma parte de un principio que se recalca, cual es que la subcontratación es un fenómeno existente en el sistema productivo de las empresas, y constituye una forma de organización productiva que como tal es legítimo, y que por lo tanto no puede ser limitado.

¹⁸ Tal y como se establece en el apartado 4 del Art. 4: “*Las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados de carácter indefinido que no será inferior al 10 por ciento durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20 por ciento durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30 por ciento a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive*”.

Sin embargo, la realidad de lo observado en numerosas obras en las que se detectan graves abusos, y su relación directa y constatada con la siniestralidad, llevan a que el legislador señale que no puede ser limitada, “*salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta ley*”. Es decir, se va a controlar el uso de la subcontratación en virtud de las razones a que antes hemos hecho referencia.

Así pues, se establece un régimen general que lo que hace es limitar hasta el tercer nivel la posibilidad de efectuar subcontrataciones, y ello se concreta desde el momento y punto inicial. El promotor será el que podrá contratar directamente con los contratistas que estime oportuno, siendo indiferente que se trate de personas físicas o jurídicas (Art. 5.2 a)).

El contratista principal, o el promotor si asumiera tales funciones, podrá dar a contratar la ejecución de los trabajos que hubiera contratado con el promotor, y lo podrá hacer tanto con empresas contratistas, como con trabajadores autónomos (Art. 5.2 b)), figura que aparece en la ley¹⁹, dada la relevancia e importancia que puede tener.

Y aquí surge la novedad (Art. 5.2 c)) pues sólo se va a permitir la subcontratación sucesiva a los que lo realicen estando en el primer o en el segundo nivel, de acuerdo con el concepto del artículo 3º a que antes hacíamos referencia, es decir, a los escalones en que se estructura el sistema de subcontratación para desarrollar el total o parte de la obra que asume el contratista en virtud del contrato que tiene con el promotor. Así, el tercer subcontratista no podría ya subcontratar aquellos trabajos que venga realizando en virtud de su contrato, ni con otras empresas subcontratistas ni con trabajadores autónomos. Se produce pues aquí el fin de la subcontratación, el límite real al exceso de empresas en las obras.

Esta regla general del tercer nivel tiene, sin embargo, dos limitaciones y unas posibilidades de excepción. En el primer caso, se trata de una prohibición general de subcontratar a aquellas empresas que sólo colaboran en la obra aportando mano de obra, es decir trabajadores cuyo único trabajo se realice con herramientas manuales, o motorizadas portátiles, y que los otros equipos de trabajo sean de otras empresas de la obra. Pensemos en una empresa de albañilería, que sólo aporta albañiles con sus herramientas manuales, o con sierras de disco propias, pero que obviamente usará los

¹⁹ Vid: MARTÍNEZ BARROSO, M. R :“ *La existencia del deber de vigilancia empresarial en las contrataciones a los trabajadores autónomos, tras la entrada en vigor de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*”. Aranzadi Social, núm. 18, año 2006 [BIB 2006\1992]

materiales de la hormigonera de la obra o los medios para subirlos a las plantas, por ejemplo, montacargas del contratista principal.

Parece claro que en este supuesto no puede haber ninguna razón para subcontratar, salvo para realizar abusos, como sería el crear unidades falsas de obra, como serían albañilería de interior o exterior, distinguiendo tipos de paredes, etc. y que lo que deberá hacerse será contratar la propia empresa más trabajadores si hay mayor cantidad de trabajo, no pudiendo recurrir a otra subcontratación.

Tampoco se permite (Art. 5,2 e)) la subcontratación y con carácter general, cuando se trate de trabajadores autónomos, que por lo tanto no podrá subcontratar los trabajos a ellos encomendados, ni con otros trabajadores autónomos ni con empresas subcontratistas.

El legislador, sin embargo, establece una posibilidad de extender el tercer nivel²⁰ a que antes hemos hecho referencia, pero es una posibilidad excepcional, y como tal restrictiva, y que sólo puede obedecer a cuatro causas:

- a) casos fortuitos
- b) exigencias de especialización
- c) complicaciones técnicas
- d) fuerza mayor

Si descendemos al detalle, es obvio que en un derribo puede surgir la aparición de materiales, o riesgos imprevistos, en una excavación pueden aparecer dificultades añadidas en los trabajos por las características del terreno, o unas fuertes lluvias pueden exigir que tengamos que contratar empresas con medios especializados para el rápido secado y extracción de agua, es decir, en todos estos casos habría una justificación obvia para la aparición de un nivel adicional.

Ahora bien, para ello se requiere que la dirección facultativa de la obra lo justifique y lo apruebe, señalando la causa o causas que den lugar a dicha situación excepcional, lo anotará en el Libro de Subcontratación, y además de que dicho Libro

²⁰ Al establecer en el primer párrafo del apartado 3 del art. 5: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando en casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra, fuera necesario, a juicio de la dirección facultativa, la contratación de alguna parte de la obra con terceros, excepcionalmente se podrá extender la subcontratación establecida en el apartado anterior en un nivel adicional, siempre que se haga constar por la dirección facultativa su aprobación previa y al causa o causas motivadoras de la misma en el Libro de Subcontratación al que se refiere el artículo 7 de esta Ley”. Y añadiendo en el segundo párrafo la excepción ante la concurrencia de fuerza mayor al decir que “No se aplicará la ampliación excepcional de la subcontratación prevista en el párrafo anterior en los supuestos contemplados en las letras e) y f) del apartado anterior, salvo que la circunstancia motivadora se la de fuerza mayor”

esté a disposición de todos los implicados en la obra a los que luego haremos referencia, se señala expresamente que se pondrá en conocimiento tanto del coordinador de seguridad y salud, como de todos los representantes de los trabajadores de las empresas que se encuentren en el ámbito de aplicación de sus trabajos, porque pueden verse afectadas, y además en el plazo de los cinco días hábiles siguientes, lo pondrá en conocimiento de la Autoridad Laboral, en tal caso además de la anotación en el Libro se habla de un informe expreso de la dirección facultativa señalando las causas de su necesidad, algo que puede aparecer como reiterativo a lo ya contenido en el Libro o que puede ser ampliatorio de aquel, y en todo caso lo lógico es que tal informe lo tramita la Autoridad Laboral tanto a sus propios servicios técnicos, como en especial a la Inspección de Trabajo.

Nos encontramos pues ante unos supuestos excepcionales, que el legislador ha procurado rodear de todas las garantías necesarias para que sean realmente excepcionales, obedezcan a unas razones tasadas y justificadas y controlables par evitar que sean un mal uso de la ley.

Este nivel adicional, sin embargo, no podrá realizarse nunca ni por trabajadores autónomos, ni tampoco por aquellas empresas a que antes hacíamos referencia como de fundamentalmente aportación de mano de obra.

3.4. -REGISTRO DE EMPRESAS ACREDITADAS:

Como una garantía adicional, y en línea con lo sucedido en otras legislaciones, se va a crear el Registro de Empresas (art. 6). Este Registro tendrá carácter autonómico, y por lo tanto, la inscripción deberá hacerse por cada empresa en la Comunidad en la que aquella tenga el domicilio social, aunque la inscripción lógicamente tendrá luego carácter nacional, y aquí se señala que será un registro de datos de acceso público, obviamente como dice el legislador salvaguardando el respeto a los datos que afectan al derecho a la intimidad.

Habrá, sin embargo que esperar al desarrollo reglamentario que deberá determinar capítulos y temas tan importantes, como cuál será el contenido de los datos a aportar al Registro, la forma de la inscripción, y los efectos, pero sobre todo la necesidad de un sistema que permita la coordinación de todos los registros.

3.5.- EL LIBRO DE SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 8 de la Ley plantea el Libro de Subcontratación, en la línea del Libro Registro que también establece en la reforma que se opera en el art. 42 E.T²¹..

Este libro es el principal documento que permitirá durante la realización de una obra, el poder conocer y controlar el cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la misma, y así se indica, en primer lugar, que deberá permanecer en todo momento en la obra, y que reflejará, siempre en orden cronológico, todas las subcontrataciones realizadas, detallando todas las operaciones que deben incluirse en las anotaciones,, con identificaciones tanto de las empresas, como de las personas responsables, así como que deberá señalarse el nivel que corresponde a cada subcontratación, y las acreditaciones de las obligaciones en materia de prevención de riesgos.

Este es un Libro al que tendrán acceso desde el coordinador, las empresas implicadas, y por supuesto la Autoridad Laboral, los técnicos de prevención, los delegados de prevención y los representantes de los trabajadores en todas las empresas que intervengan en la obra. Este libro se determina que reglamentariamente se establecerán sus condiciones, y sus contenidos.

Asimismo, se produce una importante novedad, dado que el texto de la Ley contempla la previsión de que se va a revisar toda la documentación existente ahora en la empresa, buscando con ello el conseguir una unificación y simplificación de dicha documentación.

En este sentido, es importante el art.10 que plantea la documentación que acredite la formación preventiva de los trabajadores, aunque es un artículo que puede quedar muy inconcreto, ya que en primer lugar vuelve a recordar la obligación general de las empresas de velar porque los trabajadores tengan la formación necesaria y adecuada en el tema de prevención, así como se remite a la posibilidad de que la negociación colectiva “*pueda*” establecer aquellos programas de formación que puedan ser individualizados por puestos de trabajo, pero quizás hubiera sido de desear el “*deba*” en lugar del “*pueda*” haciendo tal cláusula contenido obligatorio del convenio en un sector tan peligroso como este.

²¹ Vid: SEMPERE NAVARRO, A. V.: “*Los fenómenos interempresariales y el nuevo Libro registro tras el Real Decreto Ley 5/2006: un esquema*”. Aranzadi Social, números 7-8 año 2006 [BIB 2006/926]

También se plantea el tema del documento acreditativo de la formación preventiva específica que haya recibido cada trabajador, abriendo una doble posibilidad, que esta regulación la efectúe la propia negociación colectiva del sector, o bien se haga reglamentariamente.

Este documento, sin embargo, ofrece fuertes dosis de voluntarismo a la hora de definirlo, porque su diseño, ejecución y expedición puede, es decir es una posibilidad, realizarse a través de los órganos paritarios de los convenios sectoriales estatales, en colaboración con la Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Si unimos esta redacción posibilista con el párrafo anterior, que habla de una doble vía, podríamos habernos encontrado con el retraso en la regulación de un tema que pensamos es necesario sea tratado de forma más urgente, aunque parece, según algunas fuentes²², puede estar cercana su aprobación en el seno de la Fundación Laboral de la Construcción. Se tratará de un documento con validez para cinco años y que al renovarse se debería volver a acreditar la formación.

Por último, en el texto legal habían surgido dudas respecto a la titularidad de los bienes utilizados por las empresas, y en concreto sobre el título que debían tener las empresas sobre tales bienes, dado que en el artículo cuatro y al hablar de los requisitos exigibles a las empresas, tanto contratistas como subcontratistas, se refiere a que deben tener una organización productiva propia, que justifique y establece de forma clara su realidad como tal empresa evitando existan empresas creadas artificialmente por otras para diluir responsabilidades, y que carezcan de cualquier elemento de aquellos que la jurisprudencia ha considerado deben existir para que exista tal realidad empresarial.

Es claro que el artículo octavo habla de posesión de la maquinaria, que lo puede ser por ejemplo por alquiler, pensemos en los grandes equipos de trabajo, de muy alto coste o muy especializados, por lo tanto no debe entenderse exista contradicción entre ambos planteamientos. Por un lado deben disponer de una auténtica empresa, pero a su vez esta puede utilizar equipos que obviamente puede recabar de otras empresas.

3.6. -INFRACCIONES Y SANCIONES:

La Ley contiene una amplia reforma de la normativa en materia de infracciones y sanciones en el orden social²³ (LISOS). Así en primer lugar en las

²² Gaceta Prevención (Lex Nova) Año III, núm. 55, de 19 de marzo de 2007.

²³ Nos referimos al RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

infracciones en materia laboral, en concreto, y como infracción muy grave, se define en el artículo 8²⁴ el incumplimiento de la obligación de fijeza en la plantilla establecida en esta Ley, y que se concretará en un posterior desarrollo reglamentario.

Pero es en materia de prevención de riesgos en donde se producen las mayores novedades. Así en el art. 11 LISOS, se establecen dos nuevas infracciones de carácter leve, cuales son el “*no disponer en la obra de construcción del Libro de Subcontratación*” (art. 11.6 LISOS), y “*no disponer el contratista o subcontratista de la documentación o título*” que le permita acreditar estar en posesión de la maquinaria que utiliza (art. 11.7 LISOS).

Son pues obligaciones de carácter formal o documental que se consideran leves, aunque maticemos que en el primer supuesto será el no disponer del Libro en la obra, en el momento de la visita, pero luego será grave el no llevarlo en orden al día, con lo cual presupone que será también el no tenerlo en absoluto, porque en caso contrario sería una contradicción.

Como infracciones graves, en materia de prevención de riesgos, se detallan tres nuevos apartados en el art.12 LISOS, en concreto el punto 27 se refiere a las obligaciones del *subcontratista*, en concreto sancionan, en el apartado a), los incumplimientos *del deber de acreditar* que se dispone de los recursos humanos, que se tiene un sistema de organización de la prevención adecuado y que se encuentra inscrita en el Registro de Empresas. Por otro lado se sanciona, en el apartado b), el incumplimiento *de la obligación de comunicar los datos* necesarios para que pueda ser cumplimentado correctamente el Libro de Subcontratación, y por último, en el apartado c), superar los niveles permitidos de subcontratación o permitirla en los ámbitos excluidos de ejecución de subcontrataciones.

El punto 28, del artículo 12, se refiere a las obligaciones del *contratista*, repitiendo las que contemplan *supuestos no previstos*, o de *acreditar los medios* de que disponen, y, como hemos significado antes, el *no llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación* y como infracción particular y concreta del contratista *la vulneración de los derechos de información sobre las contratas y subcontratas* que se realicen, y que debe facilitar a los representantes de los trabajadores.

²⁴ Así se introduce en la Disposición adicional primera de la Ley, con el siguiente texto: “16. El incumplimiento de la normativa sobre limitación de la proporción mínima de trabajadores contratados con carácter indefinido contenida en la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y en su reglamento de aplicación”

Por último, el punto 29 contiene una sanción específica del *promotor*, ya que lo será el certificar, *sin que concurran las causas*, por parte de la dirección facultativa que se da un supuesto de *ampliación* de niveles de subcontratación.

La reforma del art. 13 LISOS contiene las mismas infracciones referidas en el ámbito del *subcontratista*, *al deber de acreditación* de los recursos (apartado 15 a), a utilización indebida de la *subcontratación* en supuestos *no permitidos* (apartado 15 b), incluyendo el supuesto de que se faciliten *datos falsos al contratista o al subcontratista* (apartado 15 c) para el que trabaje, incumpliendo los requisitos legales. En los dos primeros casos, será muy grave cuando se trate de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y la salud de los trabajadores en el sector de la construcción, contenidos en el anexo II del RD 1627/1997.

En relación con los *contratistas* (apartado 16), también se considerarán muy graves en el caso de dichos trabajos con *riesgos especiales* (apartado 16 a)), los incumplimientos en relación con *el deber de acreditar* (apartado 16 b)) de sus medios o realizar supuestos prohibidos superando los niveles permitidos (apartado 16 c)).

Y por último, en el apartado 17, y para el caso de *trabajos con riesgos especiales*, y tratándose de *promotores*, se considerará muy grave la actuación de la dirección facultativa ampliando un nivel sin causa.

3.7.- OTRAS CUESTIONES:

La Ley contiene una serie de normas en sus Disposiciones adicionales segunda y tercera, referidas, en el primer supuesto a aquellas otras incluidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la Disposición adicional tercera²⁵ permite que la negociación colectiva del sector, a nivel estatal, realice (“*podrá*”) un adaptación de la actual regulación normativa del contrato de obra o servicio determinado para poder conseguir una mejora en la situación del empleo. Hemos de precisar que esta Disposición adicional tercera, la consideramos necesaria dada la reforma normativa introducida en el párrafo 5 de art. 15 ET a través de la Ley 43/2006 sobre encadenamiento de los contratos temporales, entre ellos los de obra o servicio determinado, que son los típicos

²⁵ Así establece que “*Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio de terminado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación.*”

del sector de la construcción, y que los limita a veinticuatro meses de duración en un periodo de treinta meses y en su párrafo segundo encomienda, a la negociación colectiva, establecer los requisitos necesarios para evitar una utilización excesiva. Lógicamente con la actual regulación contenida en el convenio estatal del sector²⁶ que prevé la duración del contrato de obra o servicio por un periodo de treinta y seis meses, si no existe esa adaptación, difícilmente podemos esperar el cumplimiento del precepto legal.

Por último, y tras cifrar la entrada en vigor en seis meses, es decir, hasta el 19 de abril de 2007, se establece una ficha en el anexo provisional hasta en tanto aparezca desarrollado reglamentariamente el libro de subcontratación.

²⁶ Resolución de 26 de julio de 2002, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio Colectivo General del sector de la Construcción 2002-2006, que en su artículo 28 para el contrato “*fijo de obra*” cuyo objeto es el contenido en el art. 15 1 a) ET, prevé que podrá trabajar en distintos centros de trabajo sucesivos durante un máximo de tres años, previendo que incluso puedan prolongarse más allá sin perder el carácter temporal, al contraponerlo, en el art. 28, al contrato “*fijo de plantilla*”.

“LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.”

Por María Angeles Burgos Giner. Profesora Titular EU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universitat Jaume I Castellón., y Vicente Sampedro Guillamón. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

1.-INTRODUCCIÓN:

La evolución de las relaciones laborales, y de la legislación que las regula, viene ajustándose a los cambios que en los sistemas económicos y productivos se vienen produciendo. Así tras la llamada crisis del petróleo, surgió el llamado, a su vez, derecho del Trabajo de la crisis y algunos de los principios que parecía inmutables van sufriendo fuertes golpes que llegan a desnaturalizarlos, por ejemplo al existir un “contrato temporal de fomento del empleo¹”, no causal. Aunque también es lo cierto que los gobiernos y las legislaciones han comprobado que se habían producido muchos abusos y han querido volver atrás, como lo sucedido en nuestro país en la reciente reforma laboral².

Sin embargo, hay algunos cambios que no van a desaparecer, y entre ellos se citaría a los fenómenos de la descentralización productiva o a la externalización de funciones, a través de las figuras de las contratatas y subcontratatas como medios para auxiliarse las empresas y así poder dar cumplimiento a los compromisos adquiridos. Ya que, como ha señalado la doctrina, al referirse a la descentralización productiva, debe de “contemplarse como una técnica de gestión”, sin olvidar que cuenta con un instrumento, que es la flexibilidad, ya que “la cuestión de fondo es la relativa a su utilización para

¹ Sería el caso, por ejemplo del RD 1989/1984, de 17 de octubre y todas las intervenciones normativas flexibilizando la contratación temporal. Ya que si recordamos, en la redacción dada art. 17.3 del E.T./1980 se contemplaba la habilitación dada al Gobierno para la adopción de medidas que facilitarían la colocación de trabajadores demandantes de empleo, y bajo esta cobertura legal aparece una modalidad contractual de carácter coyuntural: la contratación temporal de fomento del empleo, que fue muy utilizada hasta la reforma del ET en 1995, y que en la actualidad queda solamente vigente para los trabajadores con discapacidad de acuerdo con la Disposición Adicional primera de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo. Sobre la temporalidad como medida de fomento del empleo: vid. SEGURA, J, DURÁN, F, TOHARIA, L y BENTOLILA, S: “Análisis de la contratación temporal en España”, Madrid, 1991, MTSS, en especial pág .25. ELORDI DENTICI, A, DEL REY GUANTER, S, SERRANO MARTÍNEZ, J Y GALA DURÁN, C: “Trabajo, temporalidad y Empresas de Trabajo temporal en España”, Madrid 2001, Agett, en especial págs. 129 y sgs; sobre la evolución del empleo temporal entre 1976 y 2001.

² Nos referimos a la operada a través del RD Ley 5/2006 de 9 de junio y que se convirtió en la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo.

reducir costes y hacer posible un uso flexible de la mano de obra mediante la diversificación de las fuentes de aportación del volumen de mano de obra que la empresa precisa para su funcionamiento”³. En el primer caso, los trabajos son dados a las empresas fuera de la principal, por ejemplo los talleres en el sector de la confección, o incluso a países llamados del tercer mundo, y en el supuesto de la externalización de funciones, la empresa va desgajando las labores no directamente relacionadas con su trabajo central, y las va dejando en mano de terceras empresas que realizan sus trabajos en su propio centro de trabajo.

Puede parecer extraño, pero ahora se pretende que una empresa que fabrique azulejos, se dedique solamente a eso, pero es obvio que ahora el personal dedicado a limpieza, a mantenimiento, a seguridad no es de la propia empresa sino que es contratado a empresas terceras que prestarán allí sus servicios.

Incluso en un paso más, los propios trabajos centrales del proceso productivo, pueden ser cubiertos en caso de necesidades extraordinarias, por ejemplo aumentos de pedidos o bajas de varios trabajadores por enfermedad, bien por contratos de duración determinada contratados por la propia empresa o bien recurriendo a una empresa de trabajo temporal, en un fenómeno que hemos denominado siempre cesión de trabajadores, antes ilícito administrativo, incluso penal, pero que ahora sólo lo será en el caso de efectuarse fuera de una empresa de trabajo temporal, o de la regulación normativa de estas.

Si esta situación es general en la mayor parte de empresas, sea cual sea su tamaño y su sector, el tema se vuelve más preocupante cuando hablamos de las obras de construcción. En ellas confluyen siempre varias empresas que se corresponden con las distintas unidades de una obra, y a su vez estas contratistas vuelven a subcontratar parte de sus trabajos a unos subcontratistas o a trabajadores autónomos.

En principio, cualquier presencia de varias empresas en un mismo lugar de trabajo siempre entraña un riesgo añadido, podríamos decir que los riesgos de cada trabajo se van acumulando, y más aún si consideramos el sector de la construcción, en que ya no se acumulan sino que se multiplican y son una de las causas que producen la alta siniestralidad del sector.

³ Tal y como lo ha expresado RIVERO LAMAS, J : “*La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*” en AA.VV.: “*Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*” X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid 2000, MTSS, pag. 81.

Por ello, el legislador ha venido introduciendo reformas en el tema de las contratas y subcontratas, en general y en cualquier empresa, y en mayor detalle y con una dirección centrada en la prevención de riesgos laborales, en el sector de la construcción. A estas dos reformas normativas vamos a referirnos.

2.- REFORMAS EN LA NORMATIVA GENERAL:

El pasado mes de junio de 2006, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado, en concreto el del día 14, el Real Decreto- Ley 5/2006 de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo. Estamos ante una norma que, sin duda, constituye un punto importante de inflexión en la normativa laboral, ya que afronta el tema del empleo desde la órbita ya no de la mera cantidad, sino buscando una mejor calidad, buscando solucionar algunos problemas que se vienen detectando, entre ellos, el más importante el del encadenamiento de contratos.

El Real Decreto- Ley nace del acuerdo entre la CEOE, CEPYME, UGT y CC. OO. , dentro de los diversos ámbitos que se han ido promocionando para el Diálogo Social. Pues bien, esta norma ha sido ya transformada por nuestras Cortes Generales en Ley 43/2006 de 29 de diciembre, y en ella se contempla también como tema de interés el del fenómeno de la subcontratación, buscando como señala la propia Exposición de Motivos *“asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva sea compatible con la protección de los trabajadores especialmente cuando se trate de empresas principal, contratista y subcontratista que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo”*⁴, añadiendo además el interés por deslindar estos supuestos que pueden producir en algunos casos supuestos de cesión ilegal, para lo cual incluso se produce lo que se señala como definición de cesión ilegal de trabajadores, más bien una descripción, de supuestos, eso sí recordando que la cesión legal de trabajadores sólo puede realizarse por las empresas de trabajo temporal.

En el tema de contratas y subcontratas, pues, en la línea de lo ya actuado en anteriores reformas, el art.42 ET viene a incluir las siguientes novedades:

1.- En el apartado 4 del art. 42 ET, aparece un nuevo concepto⁵, cual es el de empresa que comparta de forma continuada un mismo centro de trabajo, un caso que

⁴ Párrafo séptimo, apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre.

⁵ Al establecer en el párrafo segundo que: *“Cuando la empresa principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá de disponer de un libro*

fácilmente se encuentra con temas como limpieza, seguridad, entre otros. En este supuesto se establece un libro de registro que reflejará toda la información a que se refiere el mismo artículo, en el mismo apartado, respecto a todas las empresas afectadas. Esta información deberá contener el nombre o razón social, domicilio y NIF de la empresa contratista o subcontratista, el objeto, lugar y duración de la contrata, el número de trabajadores ocupados y las medidas preventivas de coordinación de actividades a efectos de la prevención de riesgos. Coincidiendo esta información con la que debe informar a los representantes de los trabajadores, e insistiendo con que, estará dicho libro a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

2.- Se añade un nuevo apartado 6,⁶ que establece que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas podrán plantear cuestiones a los representantes de los trabajadores de la empresa principal, entendemos que se trata de la representación unitaria, es decir delegados de personal o comités de empresa, por referirlo a la representación legal cuando carece de ella.

Se exige para ello la concurrencia de dos requisitos, uno que carezcan de representación legal propia, y además que se trate de temas relacionados a las condiciones de ejecución del trabajo por ejemplo problemas de vestuarios, y no relativos sólo a su empresa, por ejemplo, retrasos en el pago de los salarios.

3.- Pero para el supuesto en que sí cuenten representación legal, se adiciona en el art. 42 ET un nuevo apartado 7, que permite que los representantes legales, si los hubiere, de las empresas contratistas y subcontratistas, y para el supuesto que compartieran centro de trabajo de forma continuada, puedan reunirse para coordinarse entre ellos, y todo ello en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley. Referencia esta última que sólo plantea en el texto legal, es decir en el art. 81 del ET⁷, el uso de locales y

de registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes de los trabajadores”.

⁶ “6. Los trabajadores de las empresas contratista y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación.

Lo dispuestos en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende”.

⁷ Que tras la reforma efectuada, se adicionaba a su anterior redacción: “La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden en la empresa”. Sin que olvidemos que mantiene la misma redacción respecto del derecho al local para desarrollar sus actividades condicionado a que “sus características lo permitan” como también el que: “Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo”.

tablón de anuncios, recordando que en este supuesto de contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo, se permite que podrán hacer uso de dichos locales, remitiéndose a lo que se acuerde con la empresa.

El texto no resuelve las dudas sobre esas reuniones entre los representantes legales, no parece que estemos hablando de ningún órgano creado para este supuesto, por lo que nos encontramos con un tema que será desarrollado en el seno de la propia empresa principal, y quizás habría que entender que igual que lo referido a locales, debería de haber, un acuerdo colectivo con la empresa, cuyo contenido contemplara temas como el aviso previo de la reuniones, el momento de efectuarlas ya bien dentro o fuera de la jornada, sin o con crédito horario específico pero dentro del uso legal del que ya tienen, es decir, temas todos que dependerán de la facultad de autoorganización de los representantes de los trabajadores. Que entendemos estarán en la línea de poder continuar efectuando sus funciones de representación, a través de las reuniones en los locales cedidos por la empresa principal, en donde indirectamente sobre éste empresario principal recae la obligación de “facilitar” los locales que serán los medios que permitirán la celebración de esas reuniones entre ambas representaciones o por separado.⁸ Y en todo caso, será la negociación colectiva la encargada de determinar tanto la capacidad como el ámbito de actuación de la representación, al establecerlo así el art.42.7 ET, ante la falta de claridad del precepto.

3.- LA LEY 32/2006, REGULADORA DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN:

Durante mucho tiempo, se ha venido detectando que en el fenómeno de la alta siniestralidad de la construcción influyen diversos factores, como la temporalidad y variabilidad de cualquier obra, los contratos en precario de muchos trabajadores, etc..., pero sin duda uno de los factores que se ha venido resaltando por su carácter principal en esa siniestralidad, es el del fenómeno de la proliferación de empresas en un centro de trabajo, que es una obra. Ello conlleva a que en muchas ocasiones, ese factor de presencias conjuntas produzca una auténtica multiplicación de los riesgos.

⁸ Vid: MONEREO PÉREZ, J. L.: *“La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”*, Aranzadi Social, número 19, año 2006, [BIB 2006\2067] que considera que del precepto se desprende un *“llamamiento de Acuerdo colectivo de empresa que determine las condiciones de utilización compartida o uso conjunto de los locales para celebrar reuniones internas entre las distintas representaciones legales de las empresas implicadas en el proceso de subcontratación”*.

Ante este tema, y sin olvidar que el fenómeno de la subcontratación obedece a características propias del sector, “*tradición*” le llama la Exposición de Motivos, y a las necesidades de los procesos de externalización productiva o de la especialización, tampoco se puede obviar la necesidad de controlar el proceso que puede llevar a abusos, ya que pueden proliferar empresas sin organización productiva, y a la larga, como dice también la propia Exposición de Motivos “*los indicados excesos de subcontratación pueden facilitar la aparición de prácticas incompatibles con la seguridad y salud en el trabajo*”.⁹

La Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción¹⁰, pretende resolver los graves problemas que, insistimos, vienen planteando el fenómeno de la subcontratación, recortando su uso, como luego veremos, hasta el tercer nivel, y además estableciendo una serie de cautelas:

- a) Exige determinadas condiciones, limitadas y muy rígidas, para que puedan efectuarse subcontrataciones a partir de ese tercer nivel.
- b) Las empresas que quieran trabajar como contratista o subcontratista vienen precisadas a ofrecer unas garantías en cuanto calidad, solvencia, y también en cuanto a que deberán acreditar la formación en prevención de sus trabajadores.
- c) Se establece la obligatoriedad de que dichas empresas tengan en su seno un empleo estable, estableciéndose un porcentaje de la plantilla con trabajadores indefinidos, que comienza en el diez por ciento de la plantilla para llegar a un treinta por ciento.
- d) Se establecen sistemas de control documental de los trabajos, permitiendo así una mayor transparencia en las obras de construcción, a través del Libro de Subcontratación, al que se tiene amplio acceso, como luego veremos.

3.1.- OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY:

La Ley tiene un claro objetivo, cual es el regular la subcontratación en el sector de la construcción, estableciendo en su art.2 cuáles son los trabajos de construcción que

⁹ Último punto del Párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Contratación. Y, como mantiene la doctrina, esta Ley “*trata de hacer frente al gravísimo problema de la siniestralidad laboral en el sector de la construcción*”, vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: “*La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo*”. Aranzadi Social núm. 19, año 2006 [BIB 2006\2067]

¹⁰ BOE de 19 de octubre.

se constituyen en objeto de Ley¹¹, estableciendo una descripción de los trabajos que se efectúan desde que se inicia una obra hasta su terminación, y los que se puedan efectuar en toda obra de construcción, ya sea pública o privada, de construcción o de ingeniería civil.

El artículo 3 contempla un amplio capítulo de definiciones, que no plantean novedades, aunque sí aclara, de acuerdo con la Jurisprudencia, el concepto de promotor¹², y el de contratista o empresario principal¹³, pudiendo coincidir o no ambas figuras.

Se define el concepto de subcontratista, como aquel que asume el compromiso de realizar parte o unidades de obra, bien con contrato con el contratista principal o con otro subcontratista, y que se sujetará al proyecto por el que se rige la ejecución de la obra. También aparece una clarificación en este sentido que llevaría a denominarse primer subcontratista al que tiene como comitente al contratista, el segundo el contratista de aquel y así sucesivamente¹⁴.

La Ley sí que aporta dos novedades importantes. Por un lado el trabajador autónomo¹⁵, que asume partes de obra o instalaciones, y lo puede efectuar de forma personal o individual, es decir por él mismo, o bien empleando trabajadores por cuenta ajena, y en este último caso tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los

¹¹ Así, conforme el párrafo segundo de dicho artículo, se relacionan los trabajos objeto de la ley y que serán los de: “Excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento.

¹² Así, conforme el Art. 3 b) tendrá la consideración de “Promotor: cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra”

¹³ Define, en el apartado e) del art. 3, al contratista o empresario principal como “la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato.” Pero aclarando, en el segundo párrafo de dicho artículo que “Cuando el promotor realice directamente con medios materiales y humanos propios la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrá también la consideración de contratista a los efectos de la presente Ley; asimismo, cuando la contrata se haga con una Unión Temporal de Empresas, que no ejecute directamente la obra, cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de la obra que ejecute.

¹⁴ Cuando, en el apartado f): “Subcontratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente.”

¹⁵ Al definirlo en el apartado g) como “la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplea en la obra trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la presente Ley”

efectos de la Ley, ocupando por lo tanto un nivel y evitando así el fraude que podría cometerse.

También es importante en este sentido que se definan tanto la subcontratación como el nivel, calificando al primera como *práctica mercantil de organización productiva* por la cual se encarga parte del trabajo por parte del contratista o subcontratista *a otro subcontratista o a un trabajador autónomo*¹⁶. Y el nivel será cada uno de los escalones en que se va desarrollando el trabajo¹⁷.

3.2-REQUISITOS DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS O SUBCONTRATISTAS:

El legislador establece, en el artículo 4 de la Ley, una serie de requisitos exigibles tanto a los contratistas, como a los subcontratistas, buscando evitar la existencia de falsas empresas, sin solvencia, sin medios que son además fuentes peligrosas de accidentes. En este sentido se establecen:

- a) Deben tratarse de empresas reales, con una organización productiva propia, lo que incluye los medios materiales y personales necesarios para poder realizar su actividad, asumiendo también lo que define el propio concepto de empresa, es decir, asumiendo los riesgos, responsabilidades y obligaciones que conlleva toda actividad empresarial. (Art. 4. 1 a) y b))
- b) Para evitar el fraude tanto respecto a empresas como a autónomos, se establece (Art. 4 1 c) que ambos deben ser los que organicen y dirijan sus trabajos y en el caso de los autónomos, que los sean realmente, aunque en ambos supuestos cabe el sometimiento a las órdenes generales de planificación y ejecución de la obra que le correspondería al contratista principal.
- c) Se establece (Art. 4.2 a)) la necesidad de que se disponga de personal con la formación necesaria en prevención de riesgos, y tanto para el personal directivo como para la mano de obra directa, y deberá tener uno de los modelos de organización de los previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
- d) Se crea un registro de Empresas acreditadas (Art. 6), que dependerá de la Autoridad de la Comunidad Autónoma, en donde se encuentre el domicilio social de la empresa, estableciendo un sistema de comunicación de todos los

¹⁶ Art. 3 h) Ley 32/2006 de 18 de octubre.

¹⁷ En el apartado i) del art. 3 al decir que será “*cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor*”.

registros y las formas de acceso, así como se establece que reglamentariamente se establecerá tanto la forma como los contenidos de dicho registro, y algo importante la inscripción tendrá validez para todo el territorio nacional. Se pretende con este registro dotar de un mayor rigor y transparencia para los contratantes a la hora de efectuar las contrataciones y subcontrataciones. Para ello las empresas acreditarán cumplir los requisitos que hemos venido reseñando en los puntos anteriores, mediante el sistema de efectuar una declaración documental, de que cumplen los requisitos (Art. 4.3), algo que se concretará también en cuanto a forma y contenido en el desarrollo reglamentario.

- e) La novedad más importante de la Ley, sin embargo, se encuentra en el tema del empleo en estas empresas¹⁸, ya que aquellas que se contraten “*habitualmente*” en trabajos de obras de construcción, se ven obligadas a tener una parte de la plantilla con trabajadores que tengan un contrato indefinido, porcentaje que se inicia con un diez por ciento desde la fecha de entrada en vigor de la Ley y durante los primeros dieciocho meses de su vigencia, continúa con un veinte por ciento en el periodo del mes decimonoveno al trigésimo sexto para llegar a ser del treinta por ciento a partir del mes trigésimo séptimo inclusive, aunque se advierte que la forma de efectuar el cómputo vendrá determinado de forma reglamentaria y no podemos saber si también se establecerá algún criterio para definir el concepto de *habitualidad*, aunque en este caso entendemos bastará con analizar el volumen de actividad económica de la empresa y ver qué parte es la dedicada a las obras de construcción.

3.3. -RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 5 de la Ley constituye, sin duda, el punto central de la reforma operada. La norma parte de un principio que se recalca, cual es que la subcontratación es un fenómeno existente en el sistema productivo de las empresas, y constituye una forma de organización productiva que como tal es legítimo, y que por lo tanto no puede ser limitado.

¹⁸ Tal y como se establece en el apartado 4 del Art. 4: “*Las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados de carácter indefinido que no será inferior al 10 por ciento durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20 por ciento durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30 por ciento a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive*”.

Sin embargo, la realidad de lo observado en numerosas obras en las que se detectan graves abusos, y su relación directa y constatada con la siniestralidad, llevan a que el legislador señale que no puede ser limitada, “*salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta ley*”. Es decir, se va a controlar el uso de la subcontratación en virtud de las razones a que antes hemos hecho referencia.

Así pues, se establece un régimen general que lo que hace es limitar hasta el tercer nivel la posibilidad de efectuar subcontrataciones, y ello se concreta desde el momento y punto inicial. El promotor será el que podrá contratar directamente con los contratistas que estime oportuno, siendo indiferente que se trate de personas físicas o jurídicas (Art. 5.2 a)).

El contratista principal, o el promotor si asumiera tales funciones, podrá dar a contratar la ejecución de los trabajos que hubiera contratado con el promotor, y lo podrá hacer tanto con empresas contratistas, como con trabajadores autónomos (Art. 5.2 b)), figura que aparece en la ley¹⁹, dada la relevancia e importancia que puede tener.

Y aquí surge la novedad (Art. 5.2 c)) pues sólo se va a permitir la subcontratación sucesiva a los que lo realicen estando en el primer o en el segundo nivel, de acuerdo con el concepto del artículo 3º a que antes hacíamos referencia, es decir, a los escalones en que se estructura el sistema de subcontratación para desarrollar el total o parte de la obra que asume el contratista en virtud del contrato que tiene con el promotor. Así, el tercer subcontratista no podría ya subcontratar aquellos trabajos que venga realizando en virtud de su contrato, ni con otras empresas subcontratistas ni con trabajadores autónomos. Se produce pues aquí el fin de la subcontratación, el límite real al exceso de empresas en las obras.

Esta regla general del tercer nivel tiene, sin embargo, dos limitaciones y unas posibilidades de excepción. En el primer caso, se trata de una prohibición general de subcontratar a aquellas empresas que sólo colaboran en la obra aportando mano de obra, es decir trabajadores cuyo único trabajo se realice con herramientas manuales, o motorizadas portátiles, y que los otros equipos de trabajo sean de otras empresas de la obra. Pensemos en una empresa de albañilería, que sólo aporta albañiles con sus herramientas manuales, o con sierras de disco propias, pero que obviamente usará los

¹⁹ Vid: MARTÍNEZ BARROSO, M. R. : “ *La existencia del deber de vigilancia empresarial en las contrataciones a los trabajadores autónomos, tras la entrada en vigor de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*”. Aranzadi Social, núm. 18, año 2006 [BIB 2006\1992]

materiales de la hormigonera de la obra o los medios para subirlos a las plantas, por ejemplo, montacargas del contratista principal.

Parece claro que en este supuesto no puede haber ninguna razón para subcontratar, salvo para realizar abusos, como sería el crear unidades falsas de obra, como serían albañilería de interior o exterior, distinguiendo tipos de paredes, etc. y que lo que deberá hacerse será contratar la propia empresa más trabajadores si hay mayor cantidad de trabajo, no pudiendo recurrir a otra subcontratación.

Tampoco se permite (Art. 5,2 e)) la subcontratación y con carácter general, cuando se trate de trabajadores autónomos, que por lo tanto no podrá subcontratar los trabajos a ellos encomendados, ni con otros trabajadores autónomos ni con empresas subcontratistas.

El legislador, sin embargo, establece una posibilidad de extender el tercer nivel²⁰ a que antes hemos hecho referencia, pero es una posibilidad excepcional, y como tal restrictiva, y que sólo puede obedecer a cuatro causas:

- a) casos fortuitos
- b) exigencias de especialización
- c) complicaciones técnicas
- d) fuerza mayor

Si descendemos al detalle, es obvio que en un derribo puede surgir la aparición de materiales, o riesgos imprevistos, en una excavación pueden aparecer dificultades añadidas en los trabajos por las características del terreno, o unas fuertes lluvias pueden exigir que tengamos que contratar empresas con medios especializados para el rápido secado y extracción de agua, es decir, en todos estos casos habría una justificación obvia para la aparición de un nivel adicional.

Ahora bien, para ello se requiere que la dirección facultativa de la obra lo justifique y lo apruebe, señalando la causa o causas que den lugar a dicha situación excepcional, lo anotará en el Libro de Subcontratación, y además de que dicho Libro

²⁰ Al establecer en el primer párrafo del apartado 3 del art. 5: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando en casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra, fuera necesario, a juicio de la dirección facultativa, la contratación de alguna parte de la obra con terceros, excepcionalmente se podrá extender la subcontratación establecida en el apartado anterior en un nivel adicional, siempre que se haga constar por la dirección facultativa su aprobación previa y al causa o causas motivadoras de la misma en el Libro de Subcontratación al que se refiere el artículo 7 de esta Ley”. Y añadiendo en el segundo párrafo la excepción ante la concurrencia de fuerza mayor al decir que “No se aplicará la ampliación excepcional de la subcontratación prevista en el párrafo anterior en los supuestos contemplados en las letras e) y f) del apartado anterior, salvo que la circunstancia motivadora se la de fuerza mayor”

esté a disposición de todos los implicados en la obra a los que luego haremos referencia, se señala expresamente que se pondrá en conocimiento tanto del coordinador de seguridad y salud, como de todos los representantes de los trabajadores de las empresas que se encuentren en el ámbito de aplicación de sus trabajos, porque pueden verse afectadas, y además en el plazo de los cinco días hábiles siguientes, lo pondrá en conocimiento de la Autoridad Laboral, en tal caso además de la anotación en el Libro se habla de un informe expreso de la dirección facultativa señalando las causas de su necesidad, algo que puede aparecer como reiterativo a lo ya contenido en el Libro o que puede ser ampliatorio de aquel, y en todo caso lo lógico es que tal informe lo tramita la Autoridad Laboral tanto a sus propios servicios técnicos, como en especial a la Inspección de Trabajo.

Nos encontramos pues ante unos supuestos excepcionales, que el legislador ha procurado rodear de todas las garantías necesarias para que sean realmente excepcionales, obedezcan a unas razones tasadas y justificadas y controlables par evitar que sean un mal uso de la ley.

Este nivel adicional, sin embargo, no podrá realizarse nunca ni por trabajadores autónomos, ni tampoco por aquellas empresas a que antes hacíamos referencia como de fundamentalmente aportación de mano de obra.

3.4. -REGISTRO DE EMPRESAS ACREDITADAS:

Como una garantía adicional, y en línea con lo sucedido en otras legislaciones, se va a crear el Registro de Empresas (art. 6). Este Registro tendrá carácter autonómico, y por lo tanto, la inscripción deberá hacerse por cada empresa en la Comunidad en la que aquella tenga el domicilio social, aunque la inscripción lógicamente tendrá luego carácter nacional, y aquí se señala que será un registro de datos de acceso público, obviamente como dice el legislador salvaguardando el respeto a los datos que afectan al derecho a la intimidad.

Habrá, sin embargo que esperar al desarrollo reglamentario que deberá determinar capítulos y temas tan importantes, como cuál será el contenido de los datos a aportar al Registro, la forma de la inscripción, y los efectos, pero sobre todo la necesidad de un sistema que permita la coordinación de todos los registros.

3.5.- EL LIBRO DE SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 8 de la Ley plantea el Libro de Subcontratación, en la línea del Libro Registro que también establece en la reforma que se opera en el art. 42 E.T²¹..

Este libro es el principal documento que permitirá durante la realización de una obra, el poder conocer y controlar el cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la misma, y así se indica, en primer lugar, que deberá permanecer en todo momento en la obra, y que reflejará, siempre en orden cronológico, todas las subcontrataciones realizadas, detallando todas las operaciones que deben incluirse en las anotaciones,, con identificaciones tanto de las empresas, como de las personas responsables, así como que deberá señalarse el nivel que corresponde a cada subcontratación, y las acreditaciones de las obligaciones en materia de prevención de riesgos.

Este es un Libro al que tendrán acceso desde el coordinador, las empresas implicadas, y por supuesto la Autoridad Laboral, los técnicos de prevención, los delegados de prevención y los representantes de los trabajadores en todas las empresas que intervengan en la obra. Este libro se determina que reglamentariamente se establecerán sus condiciones, y sus contenidos.

Asimismo, se produce una importante novedad, dado que el texto de la Ley contempla la previsión de que se va a revisar toda la documentación existente ahora en la empresa, buscando con ello el conseguir una unificación y simplificación de dicha documentación.

En este sentido, es importante el art.10 que plantea la documentación que acredite la formación preventiva de los trabajadores, aunque es un artículo que puede quedar muy inconcreto, ya que en primer lugar vuelve a recordar la obligación general de las empresas de velar porque los trabajadores tengan la formación necesaria y adecuada en el tema de prevención, así como se remite a la posibilidad de que la negociación colectiva “*pueda*” establecer aquellos programas de formación que puedan ser individualizados por puestos de trabajo, pero quizás hubiera sido de desear el “*deba*” en lugar del “*pueda*” haciendo tal cláusula contenido obligatorio del convenio en un sector tan peligroso como este.

²¹ Vid: SEMPERE NAVARRO, A. V.: “*Los fenómenos interempresariales y el nuevo Libro registro tras el Real Decreto Ley 5/2006: un esquema*”. Aranzadi Social, números 7-8 año 2006 [BIB 2006/926]

También se plantea el tema del documento acreditativo de la formación preventiva específica que haya recibido cada trabajador, abriendo una doble posibilidad, que esta regulación la efectúe la propia negociación colectiva del sector, o bien se haga reglamentariamente.

Este documento, sin embargo, ofrece fuertes dosis de voluntarismo a la hora de definirlo, porque su diseño, ejecución y expedición puede, es decir es una posibilidad, realizarse a través de los órganos paritarios de los convenios sectoriales estatales, en colaboración con la Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Si unimos esta redacción posibilista con el párrafo anterior, que habla de una doble vía, podríamos habernos encontrado con el retraso en la regulación de un tema que pensamos es necesario sea tratado de forma más urgente, aunque parece, según algunas fuentes²², puede estar cercana su aprobación en el seno de la Fundación Laboral de la Construcción. Se tratará de un documento con validez para cinco años y que al renovarse se debería volver a acreditar la formación.

Por último, en el texto legal habían surgido dudas respecto a la titularidad de los bienes utilizados por las empresas, y en concreto sobre el título que debían tener las empresas sobre tales bienes, dado que en el artículo cuatro y al hablar de los requisitos exigibles a las empresas, tanto contratistas como subcontratistas, se refiere a que deben tener una organización productiva propia, que justifique y establece de forma clara su realidad como tal empresa evitando existan empresas creadas artificialmente por otras para diluir responsabilidades, y que carezcan de cualquier elemento de aquellos que la jurisprudencia ha considerado deben existir para que exista tal realidad empresarial.

Es claro que el artículo octavo habla de posesión de la maquinaria, que lo puede ser por ejemplo por alquiler, pensemos en los grandes equipos de trabajo, de muy alto coste o muy especializados, por lo tanto no debe entenderse exista contradicción entre ambos planteamientos. Por un lado deben disponer de una auténtica empresa, pero a su vez esta puede utilizar equipos que obviamente puede recabar de otras empresas.

3.6. -INFRACCIONES Y SANCIONES:

La Ley contiene una amplia reforma de la normativa en materia de infracciones y sanciones en el orden social²³ (LISOS). Así en primer lugar en las

²² Gaceta Prevención (Lex Nova) Año III, núm. 55, de 19 de marzo de 2007.

²³ Nos referimos al RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

infracciones en materia laboral, en concreto, y como infracción muy grave, se define en el artículo 8²⁴ el incumplimiento de la obligación de fijeza en la plantilla establecida en esta Ley, y que se concretará en un posterior desarrollo reglamentario.

Pero es en materia de prevención de riesgos en donde se producen las mayores novedades. Así en el art. 11 LISOS, se establecen dos nuevas infracciones de carácter leve, cuales son el “*no disponer en la obra de construcción del Libro de Subcontratación*” (art. 11.6 LISOS), y “*no disponer el contratista o subcontratista de la documentación o título*” que le permita acreditar estar en posesión de la maquinaria que utiliza (art. 11.7 LISOS).

Son pues obligaciones de carácter formal o documental que se consideran leves, aunque maticemos que en el primer supuesto será el no disponer del Libro en la obra, en el momento de la visita, pero luego será grave el no llevarlo en orden al día, con lo cual presupone que será también el no tenerlo en absoluto, porque en caso contrario sería una contradicción.

Como infracciones graves, en materia de prevención de riesgos, se detallan tres nuevos apartados en el art.12 LISOS, en concreto el punto 27 se refiere a las obligaciones del *subcontratista*, en concreto sancionan, en el apartado a), los incumplimientos *del deber de acreditar* que se dispone de los recursos humanos, que se tiene un sistema de organización de la prevención adecuado y que se encuentra inscrita en el Registro de Empresas. Por otro lado se sanciona, en el apartado b), el incumplimiento *de la obligación de comunicar los datos* necesarios para que pueda ser cumplimentado correctamente el Libro de Subcontratación, y por último, en el apartado c), superar los niveles permitidos de subcontratación o permitirla en los ámbitos excluidos de ejecución de subcontrataciones.

El punto 28, del artículo 12, se refiere a las obligaciones del *contratista*, repitiendo las que contemplan *supuestos no previstos*, o de *acreditar los medios* de que disponen, y, como hemos significado antes, el *no llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación* y como infracción particular y concreta del contratista *la vulneración de los derechos de información sobre las contratas y subcontratas* que se realicen, y que debe facilitar a los representantes de los trabajadores.

²⁴ Así se introduce en la Disposición adicional primera de la Ley, con el siguiente texto: “16. El incumplimiento de la normativa sobre limitación de la proporción mínima de trabajadores contratados con carácter indefinido contenida en la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y en su reglamento de aplicación”

Por último, el punto 29 contiene una sanción específica del *promotor*, ya que lo será el certificar, *sin que concurran las causas*, por parte de la dirección facultativa que se da un supuesto de *ampliación* de niveles de subcontratación.

La reforma del art. 13 LISOS contiene las mismas infracciones referidas en el ámbito del *subcontratista*, *al deber de acreditación* de los recursos (apartado 15 a), a utilización indebida de la *subcontratación* en supuestos *no permitidos* (apartado 15 b), incluyendo el supuesto de que se faciliten *datos falsos al contratista o al subcontratista* (apartado 15 c) para el que trabaje, incumpliendo los requisitos legales. En los dos primeros casos, será muy grave cuando se trate de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y la salud de los trabajadores en el sector de la construcción, contenidos en el anexo II del RD 1627/1997.

En relación con los *contratistas* (apartado 16), también se considerarán muy graves en el caso de dichos trabajos con *riesgos especiales* (apartado 16 a)), los incumplimientos en relación con *el deber de acreditar* (apartado 16 b)) de sus medios o realizar supuestos prohibidos superando los niveles permitidos (apartado 16 c)).

Y por último, en el apartado 17, y para el caso de *trabajos con riesgos especiales*, y tratándose de *promotores*, se considerará muy grave la actuación de la dirección facultativa ampliando un nivel sin causa.

3.7.- OTRAS CUESTIONES:

La Ley contiene una serie de normas en sus Disposiciones adicionales segunda y tercera, referidas, en el primer supuesto a aquellas otras incluidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la Disposición adicional tercera²⁵ permite que la negociación colectiva del sector, a nivel estatal, realice (“*podrá*”) un adaptación de la actual regulación normativa del contrato de obra o servicio determinado para poder conseguir una mejora en la situación del empleo. Hemos de precisar que esta Disposición adicional tercera, la consideramos necesaria dada la reforma normativa introducida en el párrafo 5 de art. 15 ET a través de la Ley 43/2006 sobre encadenamiento de los contratos temporales, entre ellos los de obra o servicio determinado, que son los típicos

²⁵ Así establece que “*Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio de terminado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación.*”

del sector de la construcción, y que los limita a veinticuatro meses de duración en un periodo de treinta meses y en su párrafo segundo encomienda, a la negociación colectiva, establecer los requisitos necesarios para evitar una utilización excesiva. Lógicamente con la actual regulación contenida en el convenio estatal del sector²⁶ que prevé la duración del contrato de obra o servicio por un periodo de treinta y seis meses, si no existe esa adaptación, difícilmente podemos esperar el cumplimiento del precepto legal.

Por último, y tras cifrar la entrada en vigor en seis meses, es decir, hasta el 19 de abril de 2007, se establece una ficha en el anexo provisional hasta en tanto aparezca desarrollado reglamentariamente el libro de subcontratación.

²⁶ Resolución de 26 de julio de 2002, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio Colectivo General del sector de la Construcción 2002-2006, que en su artículo 28 para el contrato “*fijo de obra*” cuyo objeto es el contenido en el art. 15 1 a) ET, prevé que podrá trabajar en distintos centros de trabajo sucesivos durante un máximo de tres años, previendo que incluso puedan prolongarse más allá sin perder el carácter temporal, al contraponerlo, en el art. 28, al contrato “*fijo de plantilla*”.

“LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.”

Por María Angeles Burgos Giner. Profesora Titular EU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universitat Jaume I Castellón., y Vicente Sampedro Guillamón. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

1.-INTRODUCCIÓN:

La evolución de las relaciones laborales, y de la legislación que las regula, viene ajustándose a los cambios que en los sistemas económicos y productivos se vienen produciendo. Así tras la llamada crisis del petróleo, surgió el llamado, a su vez, derecho del Trabajo de la crisis y algunos de los principios que parecía inmutables van sufriendo fuertes golpes que llegan a desnaturalizarlos, por ejemplo al existir un “contrato temporal de fomento del empleo¹”, no causal. Aunque también es lo cierto que los gobiernos y las legislaciones han comprobado que se habían producido muchos abusos y han querido volver atrás, como lo sucedido en nuestro país en la reciente reforma laboral².

Sin embargo, hay algunos cambios que no van a desaparecer, y entre ellos se citaría a los fenómenos de la descentralización productiva o a la externalización de funciones, a través de las figuras de las contratatas y subcontratatas como medios para auxiliarse las empresas y así poder dar cumplimiento a los compromisos adquiridos. Ya que, como ha señalado la doctrina, al referirse a la descentralización productiva, debe de “contemplarse como una técnica de gestión”, sin olvidar que cuenta con un instrumento, que es la flexibilidad, ya que “la cuestión de fondo es la relativa a su utilización para

¹ Sería el caso, por ejemplo del RD 1989/1984, de 17 de octubre y todas las intervenciones normativas flexibilizando la contratación temporal. Ya que si recordamos, en la redacción dada art. 17.3 del E.T./1980 se contemplaba la habilitación dada al Gobierno para la adopción de medidas que facilitarían la colocación de trabajadores demandantes de empleo, y bajo esta cobertura legal aparece una modalidad contractual de carácter coyuntural: la contratación temporal de fomento del empleo, que fue muy utilizada hasta la reforma del ET en 1995, y que en la actualidad queda solamente vigente para los trabajadores con discapacidad de acuerdo con la Disposición Adicional primera de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo. Sobre la temporalidad como medida de fomento del empleo: vid. SEGURA, J, DURÁN, F, TOHARIA, L y BENTOLILA, S: “Análisis de la contratación temporal en España”, Madrid, 1991, MTSS, en especial pág .25. ELORDI DENTICI, A, DEL REY GUANTER, S, SERRANO MARTÍNEZ, J Y GALA DURÁN, C: “Trabajo, temporalidad y Empresas de Trabajo temporal en España”, Madrid 2001, Agett, en especial págs. 129 y sgs; sobre la evolución del empleo temporal entre 1976 y 2001.

² Nos referimos a la operada a través del RD Ley 5/2006 de 9 de junio y que se convirtió en la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo.

reducir costes y hacer posible un uso flexible de la mano de obra mediante la diversificación de las fuentes de aportación del volumen de mano de obra que la empresa precisa para su funcionamiento”³. En el primer caso, los trabajos son dados a las empresas fuera de la principal, por ejemplo los talleres en el sector de la confección, o incluso a países llamados del tercer mundo, y en el supuesto de la externalización de funciones, la empresa va desgajando las labores no directamente relacionadas con su trabajo central, y las va dejando en mano de terceras empresas que realizan sus trabajos en su propio centro de trabajo.

Puede parecer extraño, pero ahora se pretende que una empresa que fabrique azulejos, se dedique solamente a eso, pero es obvio que ahora el personal dedicado a limpieza, a mantenimiento, a seguridad no es de la propia empresa sino que es contratado a empresas terceras que prestarán allí sus servicios.

Incluso en un paso más, los propios trabajos centrales del proceso productivo, pueden ser cubiertos en caso de necesidades extraordinarias, por ejemplo aumentos de pedidos o bajas de varios trabajadores por enfermedad, bien por contratos de duración determinada contratados por la propia empresa o bien recurriendo a una empresa de trabajo temporal, en un fenómeno que hemos denominado siempre cesión de trabajadores, antes ilícito administrativo, incluso penal, pero que ahora sólo lo será en el caso de efectuarse fuera de una empresa de trabajo temporal, o de la regulación normativa de estas.

Si esta situación es general en la mayor parte de empresas, sea cual sea su tamaño y su sector, el tema se vuelve más preocupante cuando hablamos de las obras de construcción. En ellas confluyen siempre varias empresas que se corresponden con las distintas unidades de una obra, y a su vez estas contratistas vuelven a subcontratar parte de sus trabajos a unos subcontratistas o a trabajadores autónomos.

En principio, cualquier presencia de varias empresas en un mismo lugar de trabajo siempre entraña un riesgo añadido, podríamos decir que los riesgos de cada trabajo se van acumulando, y más aún si consideramos el sector de la construcción, en que ya no se acumulan sino que se multiplican y son una de las causas que producen la alta siniestralidad del sector.

³ Tal y como lo ha expresado RIVERO LAMAS, J : “*La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*” en AA.VV.: “*Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*” X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid 2000, MTSS, pag. 81.

Por ello, el legislador ha venido introduciendo reformas en el tema de las contratas y subcontratas, en general y en cualquier empresa, y en mayor detalle y con una dirección centrada en la prevención de riesgos laborales, en el sector de la construcción. A estas dos reformas normativas vamos a referirnos.

2.- REFORMAS EN LA NORMATIVA GENERAL:

El pasado mes de junio de 2006, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado, en concreto el del día 14, el Real Decreto- Ley 5/2006 de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo. Estamos ante una norma que, sin duda, constituye un punto importante de inflexión en la normativa laboral, ya que afronta el tema del empleo desde la órbita ya no de la mera cantidad, sino buscando una mejor calidad, buscando solucionar algunos problemas que se vienen detectando, entre ellos, el más importante el del encadenamiento de contratos.

El Real Decreto- Ley nace del acuerdo entre la CEOE, CEPYME, UGT y CC. OO. , dentro de los diversos ámbitos que se han ido promocionando para el Diálogo Social. Pues bien, esta norma ha sido ya transformada por nuestras Cortes Generales en Ley 43/2006 de 29 de diciembre, y en ella se contempla también como tema de interés el del fenómeno de la subcontratación, buscando como señala la propia Exposición de Motivos *“asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva sea compatible con la protección de los trabajadores especialmente cuando se trate de empresas principal, contratista y subcontratista que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo”*⁴, añadiendo además el interés por deslindar estos supuestos que pueden producir en algunos casos supuestos de cesión ilegal, para lo cual incluso se produce lo que se señala como definición de cesión ilegal de trabajadores, más bien una descripción, de supuestos, eso sí recordando que la cesión legal de trabajadores sólo puede realizarse por las empresas de trabajo temporal.

En el tema de contratas y subcontratas, pues, en la línea de lo ya actuado en anteriores reformas, el art.42 ET viene a incluir las siguientes novedades:

1.- En el apartado 4 del art. 42 ET, aparece un nuevo concepto⁵, cual es el de empresa que comparta de forma continuada un mismo centro de trabajo, un caso que

⁴ Párrafo séptimo, apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre.

⁵ Al establecer en el párrafo segundo que: *“Cuando la empresa principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá de disponer de un libro*

fácilmente se encuentra con temas como limpieza, seguridad, entre otros. En este supuesto se establece un libro de registro que reflejará toda la información a que se refiere el mismo artículo, en el mismo apartado, respecto a todas las empresas afectadas. Esta información deberá contener el nombre o razón social, domicilio y NIF de la empresa contratista o subcontratista, el objeto, lugar y duración de la contrata, el número de trabajadores ocupados y las medidas preventivas de coordinación de actividades a efectos de la prevención de riesgos. Coincidiendo esta información con la que debe informar a los representantes de los trabajadores, e insistiendo con que, estará dicho libro a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

2.- Se añade un nuevo apartado 6,⁶ que establece que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas podrán plantear cuestiones a los representantes de los trabajadores de la empresa principal, entendemos que se trata de la representación unitaria, es decir delegados de personal o comités de empresa, por referirlo a la representación legal cuando carece de ella.

Se exige para ello la concurrencia de dos requisitos, uno que carezcan de representación legal propia, y además que se trate de temas relacionados a las condiciones de ejecución del trabajo por ejemplo problemas de vestuarios, y no relativos sólo a su empresa, por ejemplo, retrasos en el pago de los salarios.

3.- Pero para el supuesto en que sí cuenten representación legal, se adiciona en el art. 42 ET un nuevo apartado 7, que permite que los representantes legales, si los hubiere, de las empresas contratistas y subcontratistas, y para el supuesto que compartieran centro de trabajo de forma continuada, puedan reunirse para coordinarse entre ellos, y todo ello en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley. Referencia esta última que sólo plantea en el texto legal, es decir en el art. 81 del ET⁷, el uso de locales y

de registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes de los trabajadores”.

⁶ “6. Los trabajadores de las empresas contratista y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación.

Lo dispuestos en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende”.

⁷ Que tras la reforma efectuada, se adicionaba a su anterior redacción: “La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden en la empresa”. Sin que olvidemos que mantiene la misma redacción respecto del derecho al local para desarrollar sus actividades condicionado a que “sus características lo permitan” como también el que: “Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo”.

tablón de anuncios, recordando que en este supuesto de contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo, se permite que podrán hacer uso de dichos locales, remitiéndose a lo que se acuerde con la empresa.

El texto no resuelve las dudas sobre esas reuniones entre los representantes legales, no parece que estemos hablando de ningún órgano creado para este supuesto, por lo que nos encontramos con un tema que será desarrollado en el seno de la propia empresa principal, y quizás habría que entender que igual que lo referido a locales, debería de haber, un acuerdo colectivo con la empresa, cuyo contenido contemplara temas como el aviso previo de la reuniones, el momento de efectuarlas ya bien dentro o fuera de la jornada, sin o con crédito horario específico pero dentro del uso legal del que ya tienen, es decir, temas todos que dependerán de la facultad de autoorganización de los representantes de los trabajadores. Que entendemos estarán en la línea de poder continuar efectuando sus funciones de representación, a través de las reuniones en los locales cedidos por la empresa principal, en donde indirectamente sobre éste empresario principal recae la obligación de “facilitar” los locales que serán los medios que permitirán la celebración de esas reuniones entre ambas representaciones o por separado.⁸ Y en todo caso, será la negociación colectiva la encargada de determinar tanto la capacidad como el ámbito de actuación de la representación, al establecerlo así el art.42.7 ET, ante la falta de claridad del precepto.

3.- LA LEY 32/2006, REGULADORA DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN:

Durante mucho tiempo, se ha venido detectando que en el fenómeno de la alta siniestralidad de la construcción influyen diversos factores, como la temporalidad y variabilidad de cualquier obra, los contratos en precario de muchos trabajadores, etc..., pero sin duda uno de los factores que se ha venido resaltando por su carácter principal en esa siniestralidad, es el del fenómeno de la proliferación de empresas en un centro de trabajo, que es una obra. Ello conlleva a que en muchas ocasiones, ese factor de presencias conjuntas produzca una auténtica multiplicación de los riesgos.

⁸ Vid: MONEREO PÉREZ, J. L.: “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, Aranzadi Social, número 19, año 2006, [BIB 2006\2067] que considera que del precepto se desprende un “llamamiento de Acuerdo colectivo de empresa que determine las condiciones de utilización compartida o uso conjunto de los locales para celebrar reuniones internas entre las distintas representaciones legales de las empresas implicadas en el proceso de subcontratación”.

Ante este tema, y sin olvidar que el fenómeno de la subcontratación obedece a características propias del sector, “*tradición*” le llama la Exposición de Motivos, y a las necesidades de los procesos de externalización productiva o de la especialización, tampoco se puede obviar la necesidad de controlar el proceso que puede llevar a abusos, ya que pueden proliferar empresas sin organización productiva, y a la larga, como dice también la propia Exposición de Motivos “*los indicados excesos de subcontratación pueden facilitar la aparición de prácticas incompatibles con la seguridad y salud en el trabajo*”.⁹

La Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción¹⁰, pretende resolver los graves problemas que, insistimos, vienen planteando el fenómeno de la subcontratación, recortando su uso, como luego veremos, hasta el tercer nivel, y además estableciendo una serie de cautelas:

- a) Exige determinadas condiciones, limitadas y muy rígidas, para que puedan efectuarse subcontrataciones a partir de ese tercer nivel.
- b) Las empresas que quieran trabajar como contratista o subcontratista vienen precisadas a ofrecer unas garantías en cuanto calidad, solvencia, y también en cuanto a que deberán acreditar la formación en prevención de sus trabajadores.
- c) Se establece la obligatoriedad de que dichas empresas tengan en su seno un empleo estable, estableciéndose un porcentaje de la plantilla con trabajadores indefinidos, que comienza en el diez por ciento de la plantilla para llegar a un treinta por ciento.
- d) Se establecen sistemas de control documental de los trabajos, permitiendo así una mayor transparencia en las obras de construcción, a través del Libro de Subcontratación, al que se tiene amplio acceso, como luego veremos.

3.1.- OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY:

La Ley tiene un claro objetivo, cual es el regular la subcontratación en el sector de la construcción, estableciendo en su art.2 cuáles son los trabajos de construcción que

⁹ Último punto del Párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Contratación. Y, como mantiene la doctrina, esta Ley “*trata de hacer frente al gravísimo problema de la siniestralidad laboral en el sector de la construcción*”, vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: “*La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo*”. Aranzadi Social núm. 19, año 2006 [BIB 2006\2067]

¹⁰ BOE de 19 de octubre.

se constituyen en objeto de Ley¹¹, estableciendo una descripción de los trabajos que se efectúan desde que se inicia una obra hasta su terminación, y los que se puedan efectuar en toda obra de construcción, ya sea pública o privada, de construcción o de ingeniería civil.

El artículo 3 contempla un amplio capítulo de definiciones, que no plantean novedades, aunque sí aclara, de acuerdo con la Jurisprudencia, el concepto de promotor¹², y el de contratista o empresario principal¹³, pudiendo coincidir o no ambas figuras.

Se define el concepto de subcontratista, como aquel que asume el compromiso de realizar parte o unidades de obra, bien con contrato con el contratista principal o con otro subcontratista, y que se sujetará al proyecto por el que se rige la ejecución de la obra. También aparece una clarificación en este sentido que llevaría a denominarse primer subcontratista al que tiene como comitente al contratista, el segundo el contratista de aquel y así sucesivamente¹⁴.

La Ley sí que aporta dos novedades importantes. Por un lado el trabajador autónomo¹⁵, que asume partes de obra o instalaciones, y lo puede efectuar de forma personal o individual, es decir por él mismo, o bien empleando trabajadores por cuenta ajena, y en este último caso tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los

¹¹ Así, conforme el párrafo segundo de dicho artículo, se relacionan los trabajos objeto de la ley y que serán los de: “Excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento.

¹² Así, conforme el Art. 3 b) tendrá la consideración de “Promotor: cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra”

¹³ Define, en el apartado e) del art. 3, al contratista o empresario principal como “la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato.” Pero aclarando, en el segundo párrafo de dicho artículo que “Cuando el promotor realice directamente con medios materiales y humanos propios la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrá también la consideración de contratista a los efectos de la presente Ley; asimismo, cuando la contrata se haga con una Unión Temporal de Empresas, que no ejecute directamente la obra, cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de la obra que ejecute.

¹⁴ Cuando, en el apartado f): “Subcontratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente.”

¹⁵ Al definirlo en el apartado g) como “la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplea en la obra trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la presente Ley”

efectos de la Ley, ocupando por lo tanto un nivel y evitando así el fraude que podría cometerse.

También es importante en este sentido que se definan tanto la subcontratación como el nivel, calificando al primera como *práctica mercantil de organización productiva* por la cual se encarga parte del trabajo por parte del contratista o subcontratista *a otro subcontratista o a un trabajador autónomo*¹⁶. Y el nivel será cada uno de los escalones en que se va desarrollando el trabajo¹⁷.

3.2-REQUISITOS DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS O SUBCONTRATISTAS:

El legislador establece, en el artículo 4 de la Ley, una serie de requisitos exigibles tanto a los contratistas, como a los subcontratistas, buscando evitar la existencia de falsas empresas, sin solvencia, sin medios que son además fuentes peligrosas de accidentes. En este sentido se establecen:

- a) Deben tratarse de empresas reales, con una organización productiva propia, lo que incluye los medios materiales y personales necesarios para poder realizar su actividad, asumiendo también lo que define el propio concepto de empresa, es decir, asumiendo los riesgos, responsabilidades y obligaciones que conlleva toda actividad empresarial. (Art. 4. 1 a) y b))
- b) Para evitar el fraude tanto respecto a empresas como a autónomos, se establece (Art. 4 1 c) que ambos deben ser los que organicen y dirijan sus trabajos y en el caso de los autónomos, que los sean realmente, aunque en ambos supuestos cabe el sometimiento a las órdenes generales de planificación y ejecución de la obra que le correspondería al contratista principal.
- c) Se establece (Art. 4.2 a)) la necesidad de que se disponga de personal con la formación necesaria en prevención de riesgos, y tanto para el personal directivo como para la mano de obra directa, y deberá tener uno de los modelos de organización de los previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
- d) Se crea un registro de Empresas acreditadas (Art. 6), que dependerá de la Autoridad de la Comunidad Autónoma, en donde se encuentre el domicilio social de la empresa, estableciendo un sistema de comunicación de todos los

¹⁶ Art. 3 h) Ley 32/2006 de 18 de octubre.

¹⁷ En el apartado i) del art. 3 al decir que será “*cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor*”.

registros y las formas de acceso, así como se establece que reglamentariamente se establecerá tanto la forma como los contenidos de dicho registro, y algo importante la inscripción tendrá validez para todo el territorio nacional. Se pretende con este registro dotar de un mayor rigor y transparencia para los contratantes a la hora de efectuar las contrataciones y subcontrataciones. Para ello las empresas acreditarán cumplir los requisitos que hemos venido reseñando en los puntos anteriores, mediante el sistema de efectuar una declaración documental, de que cumplen los requisitos (Art. 4.3), algo que se concretará también en cuanto a forma y contenido en el desarrollo reglamentario.

- e) La novedad más importante de la Ley, sin embargo, se encuentra en el tema del empleo en estas empresas¹⁸, ya que aquellas que se contraten “*habitualmente*” en trabajos de obras de construcción, se ven obligadas a tener una parte de la plantilla con trabajadores que tengan un contrato indefinido, porcentaje que se inicia con un diez por ciento desde la fecha de entrada en vigor de la Ley y durante los primeros dieciocho meses de su vigencia, continúa con un veinte por ciento en el periodo del mes decimonoveno al trigésimo sexto para llegar a ser del treinta por ciento a partir del mes trigésimo séptimo inclusive, aunque se advierte que la forma de efectuar el cómputo vendrá determinado de forma reglamentaria y no podemos saber si también se establecerá algún criterio para definir el concepto de *habitualidad*, aunque en este caso entendemos bastará con analizar el volumen de actividad económica de la empresa y ver qué parte es la dedicada a las obras de construcción.

3.3. -RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 5 de la Ley constituye, sin duda, el punto central de la reforma operada. La norma parte de un principio que se recalca, cual es que la subcontratación es un fenómeno existente en el sistema productivo de las empresas, y constituye una forma de organización productiva que como tal es legítimo, y que por lo tanto no puede ser limitado.

¹⁸ Tal y como se establece en el apartado 4 del Art. 4: “*Las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados de carácter indefinido que no será inferior al 10 por ciento durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20 por ciento durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30 por ciento a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive*”.

Sin embargo, la realidad de lo observado en numerosas obras en las que se detectan graves abusos, y su relación directa y constatada con la siniestralidad, llevan a que el legislador señale que no puede ser limitada, “*salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta ley*”. Es decir, se va a controlar el uso de la subcontratación en virtud de las razones a que antes hemos hecho referencia.

Así pues, se establece un régimen general que lo que hace es limitar hasta el tercer nivel la posibilidad de efectuar subcontrataciones, y ello se concreta desde el momento y punto inicial. El promotor será el que podrá contratar directamente con los contratistas que estime oportuno, siendo indiferente que se trate de personas físicas o jurídicas (Art. 5.2 a)).

El contratista principal, o el promotor si asumiera tales funciones, podrá dar a contratar la ejecución de los trabajos que hubiera contratado con el promotor, y lo podrá hacer tanto con empresas contratistas, como con trabajadores autónomos (Art. 5.2 b)), figura que aparece en la ley¹⁹, dada la relevancia e importancia que puede tener.

Y aquí surge la novedad (Art. 5.2 c)) pues sólo se va a permitir la subcontratación sucesiva a los que lo realicen estando en el primer o en el segundo nivel, de acuerdo con el concepto del artículo 3º a que antes hacíamos referencia, es decir, a los escalones en que se estructura el sistema de subcontratación para desarrollar el total o parte de la obra que asume el contratista en virtud del contrato que tiene con el promotor. Así, el tercer subcontratista no podría ya subcontratar aquellos trabajos que venga realizando en virtud de su contrato, ni con otras empresas subcontratistas ni con trabajadores autónomos. Se produce pues aquí el fin de la subcontratación, el límite real al exceso de empresas en las obras.

Esta regla general del tercer nivel tiene, sin embargo, dos limitaciones y unas posibilidades de excepción. En el primer caso, se trata de una prohibición general de subcontratar a aquellas empresas que sólo colaboran en la obra aportando mano de obra, es decir trabajadores cuyo único trabajo se realice con herramientas manuales, o motorizadas portátiles, y que los otros equipos de trabajo sean de otras empresas de la obra. Pensemos en una empresa de albañilería, que sólo aporta albañiles con sus herramientas manuales, o con sierras de disco propias, pero que obviamente usará los

¹⁹ Vid: MARTÍNEZ BARROSO, M. R :“ *La existencia del deber de vigilancia empresarial en las contrataciones a los trabajadores autónomos, tras la entrada en vigor de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*”. Aranzadi Social, núm. 18, año 2006 [BIB 2006\1992]

materiales de la hormigonera de la obra o los medios para subirlos a las plantas, por ejemplo, montacargas del contratista principal.

Parece claro que en este supuesto no puede haber ninguna razón para subcontratar, salvo para realizar abusos, como sería el crear unidades falsas de obra, como serían albañilería de interior o exterior, distinguiendo tipos de paredes, etc. y que lo que deberá hacerse será contratar la propia empresa más trabajadores si hay mayor cantidad de trabajo, no pudiendo recurrir a otra subcontratación.

Tampoco se permite (Art. 5,2 e)) la subcontratación y con carácter general, cuando se trate de trabajadores autónomos, que por lo tanto no podrá subcontratar los trabajos a ellos encomendados, ni con otros trabajadores autónomos ni con empresas subcontratistas.

El legislador, sin embargo, establece una posibilidad de extender el tercer nivel²⁰ a que antes hemos hecho referencia, pero es una posibilidad excepcional, y como tal restrictiva, y que sólo puede obedecer a cuatro causas:

- a) casos fortuitos
- b) exigencias de especialización
- c) complicaciones técnicas
- d) fuerza mayor

Si descendemos al detalle, es obvio que en un derribo puede surgir la aparición de materiales, o riesgos imprevistos, en una excavación pueden aparecer dificultades añadidas en los trabajos por las características del terreno, o unas fuertes lluvias pueden exigir que tengamos que contratar empresas con medios especializados para el rápido secado y extracción de agua, es decir, en todos estos casos habría una justificación obvia para la aparición de un nivel adicional.

Ahora bien, para ello se requiere que la dirección facultativa de la obra lo justifique y lo apruebe, señalando la causa o causas que den lugar a dicha situación excepcional, lo anotará en el Libro de Subcontratación, y además de que dicho Libro

²⁰ Al establecer en el primer párrafo del apartado 3 del art. 5: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando en casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra, fuera necesario, a juicio de la dirección facultativa, la contratación de alguna parte de la obra con terceros, excepcionalmente se podrá extender la subcontratación establecida en el apartado anterior en un nivel adicional, siempre que se haga constar por la dirección facultativa su aprobación previa y al causa o causas motivadoras de la misma en el Libro de Subcontratación al que se refiere el artículo 7 de esta Ley”. Y añadiendo en el segundo párrafo la excepción ante la concurrencia de fuerza mayor al decir que “No se aplicará la ampliación excepcional de la subcontratación prevista en el párrafo anterior en los supuestos contemplados en las letras e) y f) del apartado anterior, salvo que la circunstancia motivadora se la de fuerza mayor”

esté a disposición de todos los implicados en la obra a los que luego haremos referencia, se señala expresamente que se pondrá en conocimiento tanto del coordinador de seguridad y salud, como de todos los representantes de los trabajadores de las empresas que se encuentren en el ámbito de aplicación de sus trabajos, porque pueden verse afectadas, y además en el plazo de los cinco días hábiles siguientes, lo pondrá en conocimiento de la Autoridad Laboral, en tal caso además de la anotación en el Libro se habla de un informe expreso de la dirección facultativa señalando las causas de su necesidad, algo que puede aparecer como reiterativo a lo ya contenido en el Libro o que puede ser ampliatorio de aquel, y en todo caso lo lógico es que tal informe lo tramita la Autoridad Laboral tanto a sus propios servicios técnicos, como en especial a la Inspección de Trabajo.

Nos encontramos pues ante unos supuestos excepcionales, que el legislador ha procurado rodear de todas las garantías necesarias para que sean realmente excepcionales, obedezcan a unas razones tasadas y justificadas y controlables par evitar que sean un mal uso de la ley.

Este nivel adicional, sin embargo, no podrá realizarse nunca ni por trabajadores autónomos, ni tampoco por aquellas empresas a que antes hacíamos referencia como de fundamentalmente aportación de mano de obra.

3.4. -REGISTRO DE EMPRESAS ACREDITADAS:

Como una garantía adicional, y en línea con lo sucedido en otras legislaciones, se va a crear el Registro de Empresas (art. 6). Este Registro tendrá carácter autonómico, y por lo tanto, la inscripción deberá hacerse por cada empresa en la Comunidad en la que aquella tenga el domicilio social, aunque la inscripción lógicamente tendrá luego carácter nacional, y aquí se señala que será un registro de datos de acceso público, obviamente como dice el legislador salvaguardando el respeto a los datos que afectan al derecho a la intimidad.

Habrà, sin embargo que esperar al desarrollo reglamentario que deberá determinar capítulos y temas tan importantes, como cuál será el contenido de los datos a aportar al Registro, la forma de la inscripción, y los efectos, pero sobre todo la necesidad de un sistema que permita la coordinación de todos los registros.

3.5.- EL LIBRO DE SUBCONTRATACIÓN:

El artículo 8 de la Ley plantea el Libro de Subcontratación, en la línea del Libro Registro que también establece en la reforma que se opera en el art. 42 E.T²¹..

Este libro es el principal documento que permitirá durante la realización de una obra, el poder conocer y controlar el cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la misma, y así se indica, en primer lugar, que deberá permanecer en todo momento en la obra, y que reflejará, siempre en orden cronológico, todas las subcontrataciones realizadas, detallando todas las operaciones que deben incluirse en las anotaciones,, con identificaciones tanto de las empresas, como de las personas responsables, así como que deberá señalarse el nivel que corresponde a cada subcontratación, y las acreditaciones de las obligaciones en materia de prevención de riesgos.

Este es un Libro al que tendrán acceso desde el coordinador, las empresas implicadas, y por supuesto la Autoridad Laboral, los técnicos de prevención, los delegados de prevención y los representantes de los trabajadores en todas las empresas que intervengan en la obra. Este libro se determina que reglamentariamente se establecerán sus condiciones, y sus contenidos.

Asimismo, se produce una importante novedad, dado que el texto de la Ley contempla la previsión de que se va a revisar toda la documentación existente ahora en la empresa, buscando con ello el conseguir una unificación y simplificación de dicha documentación.

En este sentido, es importante el art.10 que plantea la documentación que acredite la formación preventiva de los trabajadores, aunque es un artículo que puede quedar muy inconcreto, ya que en primer lugar vuelve a recordar la obligación general de las empresas de velar porque los trabajadores tengan la formación necesaria y adecuada en el tema de prevención, así como se remite a la posibilidad de que la negociación colectiva “*pueda*” establecer aquellos programas de formación que puedan ser individualizados por puestos de trabajo, pero quizás hubiera sido de desear el “*deba*” en lugar del “*pueda*” haciendo tal cláusula contenido obligatorio del convenio en un sector tan peligroso como este.

²¹ Vid: SEMPERE NAVARRO, A. V.: “*Los fenómenos interempresariales y el nuevo Libro registro tras el Real Decreto Ley 5/2006: un esquema*”. Aranzadi Social, números 7-8 año 2006 [BIB 2006/926]

También se plantea el tema del documento acreditativo de la formación preventiva específica que haya recibido cada trabajador, abriendo una doble posibilidad, que esta regulación la efectúe la propia negociación colectiva del sector, o bien se haga reglamentariamente.

Este documento, sin embargo, ofrece fuertes dosis de voluntarismo a la hora de definirlo, porque su diseño, ejecución y expedición puede, es decir es una posibilidad, realizarse a través de los órganos paritarios de los convenios sectoriales estatales, en colaboración con la Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Si unimos esta redacción posibilista con el párrafo anterior, que habla de una doble vía, podríamos habernos encontrado con el retraso en la regulación de un tema que pensamos es necesario sea tratado de forma más urgente, aunque parece, según algunas fuentes²², puede estar cercana su aprobación en el seno de la Fundación Laboral de la Construcción. Se tratará de un documento con validez para cinco años y que al renovarse se debería volver a acreditar la formación.

Por último, en el texto legal habían surgido dudas respecto a la titularidad de los bienes utilizados por las empresas, y en concreto sobre el título que debían tener las empresas sobre tales bienes, dado que en el artículo cuatro y al hablar de los requisitos exigibles a las empresas, tanto contratistas como subcontratistas, se refiere a que deben tener una organización productiva propia, que justifique y establece de forma clara su realidad como tal empresa evitando existan empresas creadas artificialmente por otras para diluir responsabilidades, y que carezcan de cualquier elemento de aquellos que la jurisprudencia ha considerado deben existir para que exista tal realidad empresarial.

Es claro que el artículo octavo habla de posesión de la maquinaria, que lo puede ser por ejemplo por alquiler, pensemos en los grandes equipos de trabajo, de muy alto coste o muy especializados, por lo tanto no debe entenderse exista contradicción entre ambos planteamientos. Por un lado deben disponer de una auténtica empresa, pero a su vez esta puede utilizar equipos que obviamente puede recabar de otras empresas.

3.6. -INFRACCIONES Y SANCIONES:

La Ley contiene una amplia reforma de la normativa en materia de infracciones y sanciones en el orden social²³ (LISOS). Así en primer lugar en las

²² Gaceta Prevención (Lex Nova) Año III, núm. 55, de 19 de marzo de 2007.

²³ Nos referimos al RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

infracciones en materia laboral, en concreto, y como infracción muy grave, se define en el artículo 8²⁴ el incumplimiento de la obligación de fijeza en la plantilla establecida en esta Ley, y que se concretará en un posterior desarrollo reglamentario.

Pero es en materia de prevención de riesgos en donde se producen las mayores novedades. Así en el art. 11 LISOS, se establecen dos nuevas infracciones de carácter leve, cuales son el “*no disponer en la obra de construcción del Libro de Subcontratación*” (art. 11.6 LISOS), y “*no disponer el contratista o subcontratista de la documentación o título*” que le permita acreditar estar en posesión de la maquinaria que utiliza (art. 11.7 LISOS).

Son pues obligaciones de carácter formal o documental que se consideran leves, aunque maticemos que en el primer supuesto será el no disponer del Libro en la obra, en el momento de la visita, pero luego será grave el no llevarlo en orden al día, con lo cual presupone que será también el no tenerlo en absoluto, porque en caso contrario sería una contradicción.

Como infracciones graves, en materia de prevención de riesgos, se detallan tres nuevos apartados en el art.12 LISOS, en concreto el punto 27 se refiere a las obligaciones del *subcontratista*, en concreto sancionan, en el apartado a), los incumplimientos *del deber de acreditar* que se dispone de los recursos humanos, que se tiene un sistema de organización de la prevención adecuado y que se encuentra inscrita en el Registro de Empresas. Por otro lado se sanciona, en el apartado b), el incumplimiento *de la obligación de comunicar los datos* necesarios para que pueda ser cumplimentado correctamente el Libro de Subcontratación, y por último, en el apartado c), superar los niveles permitidos de subcontratación o permitirla en los ámbitos excluidos de ejecución de subcontrataciones.

El punto 28, del artículo 12, se refiere a las obligaciones del *contratista*, repitiendo las que contemplan *supuestos no previstos*, o de *acreditar los medios* de que disponen, y, como hemos significado antes, el *no llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación* y como infracción particular y concreta del contratista *la vulneración de los derechos de información sobre las contratas y subcontratas* que se realicen, y que debe facilitar a los representantes de los trabajadores.

²⁴ Así se introduce en la Disposición adicional primera de la Ley, con el siguiente texto: “16. El incumplimiento de la normativa sobre limitación de la proporción mínima de trabajadores contratados con carácter indefinido contenida en la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y en su reglamento de aplicación”

Por último, el punto 29 contiene una sanción específica del *promotor*, ya que lo será el certificar, *sin que concurran las causas*, por parte de la dirección facultativa que se da un supuesto de *ampliación* de niveles de subcontratación.

La reforma del art. 13 LISOS contiene las mismas infracciones referidas en el ámbito del *subcontratista*, *al deber de acreditación* de los recursos (apartado 15 a), a utilización indebida de la *subcontratación* en supuestos *no permitidos* (apartado 15 b), incluyendo el supuesto de que se faciliten *datos falsos al contratista o al subcontratista* (apartado 15 c) para el que trabaje, incumpliendo los requisitos legales. En los dos primeros casos, será muy grave cuando se trate de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y la salud de los trabajadores en el sector de la construcción, contenidos en el anexo II del RD 1627/1997.

En relación con los *contratistas* (apartado 16), también se considerarán muy graves en el caso de dichos trabajos con *riesgos especiales* (apartado 16 a)), los incumplimientos en relación con *el deber de acreditar* (apartado 16 b)) de sus medios o realizar supuestos prohibidos superando los niveles permitidos (apartado 16 c)).

Y por último, en el apartado 17, y para el caso de *trabajos con riesgos especiales*, y tratándose de *promotores*, se considerará muy grave la actuación de la dirección facultativa ampliando un nivel sin causa.

3.7.- OTRAS CUESTIONES:

La Ley contiene una serie de normas en sus Disposiciones adicionales segunda y tercera, referidas, en el primer supuesto a aquellas otras incluidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la Disposición adicional tercera²⁵ permite que la negociación colectiva del sector, a nivel estatal, realice (“*podrá*”) un adaptación de la actual regulación normativa del contrato de obra o servicio determinado para poder conseguir una mejora en la situación del empleo. Hemos de precisar que esta Disposición adicional tercera, la consideramos necesaria dada la reforma normativa introducida en el párrafo 5 de art. 15 ET a través de la Ley 43/2006 sobre encadenamiento de los contratos temporales, entre ellos los de obra o servicio determinado, que son los típicos

²⁵ Así establece que “*Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio de terminado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación.*”

del sector de la construcción, y que los limita a veinticuatro meses de duración en un periodo de treinta meses y en su párrafo segundo encomienda, a la negociación colectiva, establecer los requisitos necesarios para evitar una utilización excesiva. Lógicamente con la actual regulación contenida en el convenio estatal del sector²⁶ que prevé la duración del contrato de obra o servicio por un periodo de treinta y seis meses, si no existe esa adaptación, difícilmente podemos esperar el cumplimiento del precepto legal.

Por último, y tras cifrar la entrada en vigor en seis meses, es decir, hasta el 19 de abril de 2007, se establece una ficha en el anexo provisional hasta en tanto aparezca desarrollado reglamentariamente el libro de subcontratación.

²⁶ Resolución de 26 de julio de 2002, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio Colectivo General del sector de la Construcción 2002-2006, que en su artículo 28 para el contrato “*fijo de obra*” cuyo objeto es el contenido en el art. 15 1 a) ET, prevé que podrá trabajar en distintos centros de trabajo sucesivos durante un máximo de tres años, previendo que incluso puedan prolongarse más allá sin perder el carácter temporal, al contraponerlo, en el art. 28, al contrato “*fijo de plantilla*”.