



Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN: EL NUEVO MARCO JURÍDICO INTRODUCIDO POR LA LEY 32/2006, DE 18 DE OCTUBRE.

Aránzazu Begoña Fernández Urrutia.
Departamento de Derecho de la Empresa.
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU).
Ekonomia eta Enpresa Fakultatea (Sarriko) Facultad de Economía y Empresa
Lehendakari Agirre, 83
(48 015) Bilbao.

LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN: EL NUEVO MARCO JURÍDICO INTRODUCIDO POR LA LEY 32/2006, DE 18 DE OCTUBRE.¹

Sumario:

1. Introducción.....	3
2. Actividades del sector de la construcción incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006....	5
3. Los sujetos obligados: el promotor, el contratista, el subcontratista, los autónomos, y otros.	9
4. Las nuevas obligaciones y límites empresariales introducidas por La Ley 32/2006.....	12
4.1. Los requisitos para intervenir en el proceso de subcontratación.	12
4.2. El impulso a la contratación indefinida y a la mayor estabilidad del empleo temporal.	16
4.3. La limitación en la cadena de subcontratación.....	18
4.3.1. Reglas generales.....	18
4.3.2. Excepciones.....	20
4.3.3. Incumplimiento y sanciones administrativas.....	22
4.4. El Libro de Subcontratación.	23
4.5. El deber empresarial de vigilancia sobre el cumplimiento de la Ley 32/2006.....	25
5. La exigencia de responsabilidad solidaria.	27
6. Nuevo sistema de representación de los trabajadores y prevención de riesgos.	28

1. Introducción.

Tras un intenso trabajo sindical, particularmente de Federación Estatal de Construcción, Madera y Afines de CC. OO., -que dio lugar a la presentación de una iniciativa popular sobre la materia, fracasada en las VI y VII legislaturas-, finalmente, el 4 de mayo de 2004 el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde, Izquierda Unida, e Iniciativa per Catalunya Verds presentó la Proposición de Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción. Tras su toma en consideración y completa tramitación parlamentaria, se aprobó la Ley 32/2006, de 18 de octubre (B.O.E. del 19), del mismo nombre (en adelante, Ley 32/2006), tras una “transformación sustancial” respecto del texto más ambicioso de la Proposición de Ley.²

La Ley 32/2006 trata de armonizar la utilización empresarial de esta estrategia amparada en la libertad de empresa y en la economía mercado (art. 38 CE), con la necesidad de limitar sus efectos perniciosos sobre los trabajadores derivadas de un encadenamiento excesivo de subcontratas (“sucesivo e injustificado”) en el sector de la construcción, hasta ahora ilimitado; entre ellas, la participación de empresas sin estructura organizativa que garantice el

¹ Este trabajo corresponde a la ponencia presentada por la autora en la *Jornada sobre Subcontratación en la Construcción* organizada por la Fundación José Unanue, FECOMA-CC.OO., y CC.OO. de Euskadi, celebrada en Bilbao el 30 de marzo de 2007.

² El texto íntegro de la Proposición de Ley puede consultarse en el B.O.C.G., Congreso de Diputados, núm. B-58-1, de 23 de abril de 2004, p. 1. Extensamente, sobre el *iter* legislativo y sus antecedentes, MERINO SEGOVIA, A., *Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*, ed. Bomarzo, 2006, pp. 11 a 14.

cumplimiento de las medidas preventivas, y la minoración progresiva de los márgenes empresariales que deriva en prácticas de empleo precario y sumergido.

Su finalidad manifiesta es “mejorar las condiciones de trabajo en general” y “las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores ... , en particular”, en el sector de la construcción (art. 1.1), habida cuenta de que es el que presenta el mayor índice de siniestralidad en España.³

Entre los factores que contribuyen a al alto índice de siniestralidad en el sector se han identificado, además de la propia naturaleza de la actividad, el crecimiento exponencial del riesgo derivado del encadenamiento excesivo de subcontratas que complica la coordinación de la prevención y reduce los márgenes económicos empresariales, así como la alta tasa de contratación temporal muy superior al del resto de los sectores. Pues bien, como se verá, las medidas introducidas se dirigen, con mayor o menor ambición, a contrarrestar dichos factores.

La Ley 32/2006 entró en vigor el pasado 19 de abril de 2007. No obstante, las obras de construcción o de ingeniería civil que se encontraran en ejecución en aquella fecha se verán sólo parcialmente afectadas por la Ley; en concreto, no serán exigibles los requisitos de solvencia empresarial y preventiva, inscripción y dotación de plantilla estable previstos en su art. 4, ni los límites a la cadena de subcontratación establecidos en su art. 5 en relación a dichas obras, ni por tanto, tampoco les afectan las consecuencias específicamente previstas para su incumplimiento. *A sensu contrario*, la Ley será de obligado cumplimiento para todas las obras de construcción incluidas en su ámbito de aplicación cuya *ejecución* se inició a partir de su entrada en vigor (disp. final 3ª en relación a la disp. trans. 1ª Ley 32/2006). Si bien no se especifica cuando se inicia la ejecución de una obra, cuando menos cabe entender que a partir del momento en que se acomete su realización material en su emplazamiento de destino, con presencia de trabajadores en el mismo.

Pues bien, las definiciones y el juego de obligaciones y responsabilidades incorporadas por la

³ En efecto, el mayor índice de siniestralidad (entendido como cifras de accidentes de trabajo en jornada con baja, en relación a las cifras de trabajadores expuestos al riesgo), correspondió, un año más, al sector de la construcción (13.498 accidentes por cada cien mil trabajadores), seguido del de la industria (10.174), y a mucha distancia, por el de Servicios (3.953). Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Estadística de Accidentes de Trabajo y de Enfermedades Profesionales*, 2005.

Extensamente, sobre la “persistente y alta tasa de siniestralidad en la construcción” y sus “posibles causas”, vid. CALVO GALLEGU, F. J., “La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción”, en *Temas Laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 87, 2006, pp. 13 a 26. Asimismo, con carácter general, LÓPEZ AHUMADA, J. E., “La tutela de la salud laboral en la contratación y subcontratación de obras y servicios”, en *Documentación Laboral*, núm. 78, 2006, pp. 64 a 66. También con datos recientes, sobre las razones de la Ley 32/2006, MERCADER UGUINA, J. R., y NIETO ROJAS, P., “La Ley reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción”, en *Relaciones laborales*, núm. 4, 2007.

Ley 32/2006 se superponen a las contenidas en el entramado normativo social vigente a su entrada en vigor, ya disperso, sin modificarlo (art. 2.1), y que cabe recordar, se encuentra en las siguientes disposiciones:

- Arts. 42⁴, 64.1.1^o, y 81 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, LET).
- Arts. 104.1 y 127.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS); y art. 17.1.4^o RD 84/1996, de 26 de enero.
- Ley 31/1995, de 28 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (en adelante, LPRL), con incidencia particular de sus arts. 24 y 32 *bis* y de su disp. ad. 14^a ⁵; RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención; RD 1627/1997, de 4 de octubre, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción⁶; y, complementariamente, RD 171/2004, de 30 de enero, sobre coordinación de actividades empresariales, con las particularidades previstas en su disp. ad. 1^a.
- A las anteriores disposiciones legales y reglamentarias se añaden las procedentes de la negociación colectiva sectorial, entre ellas, las contenidas en el Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción 2002-2006 (en adelante, Convenio general)⁷, y en los numerosos convenios colectivos sectoriales de ámbito territorial inferior al anterior y de empresa.

2. Actividades del sector de la construcción incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006.

⁴ El art. 42 LET fue objeto de reforma por Ley 12/2001, de 9 de julio (art. 2.1); por RDL 5/2006, de 9 de junio; y por Ley 43/2006, de 29 de diciembre (art. 12, apartados 7, 8, y 9).

⁵ Todos ellos en redacción incorporada por Ley 54/2003, de 12 de diciembre.

⁶ Modificado por RD 2177/2004, de 12 de noviembre (disp. final 2^a), y por RD 604/2006, de 19 de mayo (art. 2). Este último RD incorpora al RD 1627/1997 una disp. ad. única por la que se regulan las “especialidades” relativas a la presencia de recursos preventivos en las obras de construcción a la que se encuentra obligado cada contratista (art. 32 *bis* y disp. ad. 14^a LPRL, añadidos por Ley 54/2003, de 12 de diciembre), ordenando que, a partir de su entrada en vigor el 29 de junio de 2006, el plan de seguridad y salud elaborado por cada contratista y aprobado por el coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra (art. 7 RD 1627/1997), “determinará la forma de llevar a cabo” dicha presencia de los recursos preventivos.

⁷ B.O.E. del 10 de agosto de 2002.

La Ley 32/2006, establece los siguientes criterios acumulativos que delimitan su ámbito de aplicación (arts. 2 y 3.1, y disp. ad. 2ª):

1) En primer lugar, la Ley ordena su aplicación “en las obras de construcción” (art. 2, párr. 1º), entendiéndose por tal “cualquier obra, pública o privada en la que se efectúen trabajos de construcción o de ingeniería civil” (art. 3.a); siendo irrelevante que la obra requiera proyecto o no.⁸

En relación a las obras públicas, se precisa su aplicación “plena” a las mismas, “con las especialidades que se deriven” de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.⁹

2) Sin embargo, la Ley 32/2006 no extiende su ámbito de aplicación a toda actividad que tenga lugar en las obras de construcción; por el contrario, delimita en lista cerrada los trabajos de “construcción o de ingeniería civil” a cuya ejecución afecta (art. 2, párr. 2º):

“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”.¹⁰

Cabe afirmar que la intervención de la Ley 32/2006 dista mucho de alcanzar la totalidad de actividades consideradas pertenecientes sector general de la construcción, en el que, ocupando el lugar de la antigua Ordenanza Laboral de la Construcción, Vidrio y Cerámica, la regulación convencional se ha articulado hasta en un total de nueve ámbitos funcionales específicos, identificados como: Subsector de la Construcción y Obras Públicas; Subsector de Derivados del Cemento; Subsector de Yesos, Cales y Escayolas; Subsector de Cementos; Subsector de Tejas, Ladrillos y Piezas de Arcilla Cocida; Subsector de Industrias Extractivas, Vidrio y Cerámica; Subsector del Azulejo, Pavimento y Baldosas Cerámicas; Sector de Pizarras; y Sector de Ferralla.¹¹

⁸ En relación a las obras de edificación que requieren proyecto, cfr. art. 4 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre.

⁹ Cfr. contrato de obra y contrato de concesión de obras públicas en los arts. 5.2.a, 120 y ss., y 220 y ss. RD Legislativo 2/2000. Por lo demás, convendría que esta previsión se reiterase en la futura Ley de Contratos del Sector Público actualmente en trámite parlamentario. Asimismo, la doctrina ha propuesto que en los pliegos de obras elaborados por las entidades públicas se incorporen expresamente los requisitos exigidos por la Ley 32/2006. En este sentido, MERCADER UGUINA, J. R., y NIETO ROJAS, P., “La Ley reguladora ..”, *op. cit.*

¹⁰ Entre otros, consideran que se trata de una lista cerrada, MERINO SEGOVIA, A., *Comentarios ...*, *op. cit.*, p. 43; MERCADER UGUINA, J. R., y NIETO ROJAS, P., “La Ley reguladora ..”, *op. cit.*

¹¹ Sobre la estructura de la negociación colectiva en el sector de la construcción, *vid.* el Capítulo I del Informe de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC), elaborado por BALLESTER PASTOR, I.; GARRIGUES GIMÉNEZ, A.; y VICENTE PALACIO, A., *La negociación colectiva en el sector de la construcción*

Por otra parte, el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 es inferior al ámbito funcional del Convenio General del Sector de la construcción, según se delimita en su art. 12 y Anexo II bajo el epígrafe “construcción y obras públicas”. Tampoco se ajusta a la relación de actividades contenida en la Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las obras de construcción del ISHT¹²; ni a la más detallada prevista en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE-93) vigente a efectos estadísticos.¹³ Finalmente, la Ley 32/2006 tampoco establece como requisito de su aplicabilidad que las empresas contratistas y subcontratistas se encuentren incluidas en el ámbito de aplicación de dicho Convenio general, por lo que esta circunstancia es irrelevante.¹⁴

Sin embargo, es previsible que la tipificación de trabajos contenida en el art. 2 de la Ley 32/2006 deba contrastarse con actividades más específicas objeto de contratación o subcontratación sobre las que habrá de dilucidarse su aplicabilidad. Por ello, a efectos interpretativos, parece apropiado tener en cuenta la desagregación de actividades contenida en el Convenio general bajo denominaciones genéricas coincidentes con algunas de las recogidas en el art. 2 de la Ley 32/2006, y ello habida cuenta de que es producto de la experiencia y consenso de los agentes sociales presentes en el sector.¹⁵

Igualmente, aun cuando fuera elaborada por mandato del RD 1627/1997, y partiendo de que “la terminología” allí empleada “se utiliza también en otras actividades distintas a las de construcción o ingeniería civil”, la Guía técnica del INSHT ofrece criterios interpretativos referidos a cada uno de los trabajos allí enumerados, y que recoge ahora el art. 2, párr. 2º de la Ley 32/2006. Aunque carente de eficacia jurídica, no cabe desconocer que a dicha Guía técnica se le reconoce valor interpretativo sobre la normativa de prevención de riesgos laborales¹⁶ y que aporta una definición más desarrollada de “obra de construcción” como “el lugar donde se desarrolla con carácter temporal cualquiera de las actividades señaladas en el anexo I del RD

(actualización 2005), publicado en: <http://www.mtas.es/empleo/ccnc/descargas/CONSTRUCCION.pdf>.

¹² Dicha Guía puede consultarse en http://www.mtas.es/insht/practice/G_obras.htm.

¹³ Cfr. el Anexo, apartado F 45 de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas CNAE-93, aprobado por RD 1560/1992, de 18 de diciembre. Puede consultarse en <http://www.ine.es/clasifi/cnae93rev1.pdf>.

¹⁴ Cfr., por todos, CALVO GALLEGO, F. J., “La nueva Ley ...”, *op. cit.*, pp. 30 y 31; y SÁNCHEZ DE LA ARENA, M. A., “Análisis de la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción”, en *Justicia Laboral*, núm. 29, 2007, pp. 62 y 63.

¹⁵ En el mismo sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. Fda., “El derecho de las contratas ...”, *op. cit.*, pp. 44 y 45, para quien el “texto del Convenio ... refleja una tradición normativa de nuestro país que no puede ni debe ser desdeñada por definiciones que, elaboradas a escala supranacional, por fuerza han de buscar conceptos amplios en los que incluir las actividades más concretas de acuerdo con el panorama normativo de cada país”, en referencia al listado de trabajos contenidos en el RD 1627/1997 (art. 2.1.a y Anexo I), procedente de la Directiva 92/57/CEE, de 24 de junio, que transpone.

¹⁶ Cfr. disp. final 1ª RD 1627/1997 en relación al art. 5.3 RD 39/1997.

1627/1997 o de las relacionadas en el apartado 45 CNAE-93, siempre que estén referidas a trabajos intrínsecamente asociados a actividades de construcción (edificación e ingeniería civil) y se ejecuten con tecnologías propias de este tipo de industrias". Asimismo, considera "obras de construcción", "tanto los túneles o galerías y otros trabajos subterráneos, como los vaciados de tierras, pozos y zanjas que constituyan por sí mismos una obra, formen parte de ella o sean necesarios para su ejecución (siempre que no sean industrias extractivas)".¹⁷

Por otra parte, la falta de vinculación del ámbito de aplicación de la Ley 32/2003 al ámbito funcional del Convenio general permite que la misma se aplique también a empresas de otras "ramas" y cuyo objeto social se describa en razón de actividades distintas de la construcción (por ejemplo, las denominadas empresas "multiservicios" o de "servicios integrales", del sector inmobiliario, ... etc.).¹⁸

Por el contrario, se excluyen del ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 actividades vinculadas a la construcción no listadas en la misma: las de dirección técnica, entre cuyas funciones se encuentra la elaboración de los proyectos de construcción y de ingeniería; los trabajos de estudio de las estructuras de la edificación a efectos de garantizar su seguridad, su mantenimiento, o de acometer su rehabilitación; y la actividad de pretensado de estructuras, entre otras.

Igualmente, se excluyen otras actividades no vinculadas a los trabajos allí listados aun cuando estén presentes de forma permanente en las obras o formen parte necesaria para su completa ejecución y salida al mercado (empresas que realicen proyectos técnicos de arquitectura y, en su caso, la gestión de licencias; actividades de peritaje; de vigilancia y seguridad; de jardinería; de publicidad; de servicios inmobiliarios ... etc.).

Y en contraste con el ámbito de aplicación del Convenio general, quedan fuera de la Ley 32/2006 determinadas actividades empresariales expresamente incluidas en aquél pero que, sin embargo, no figuran entre las listadas en el art. 2 de dicha Ley, y ello aun cuando desarrollen su actividad en la obra y en régimen de subcontratación: la actividad de las "empresas inmobiliarias, incluidas las cooperativas de vivienda"; la de las empresas de "promoción de la edificación de inmuebles"; y la de empresas de "control de calidad para la construcción y obras

¹⁷ Esta definición puede consultarse en http://www.mtas.es/insht/practice/G_obras.htm#anexo1

¹⁸ A título ilustrativo, el Convenio colectivo sectorial para Vizcaya (B.O.B. 9.06.2006), si bien incluye en su ámbito de aplicación como empresas del sector a las de "rehabilitación, mantenimiento y demolición de obras", no obstante reconoce la existencia de "contratos de mantenimiento" con empresas de otros sectores, definidos en su art. 16, como "aquel contrato de naturaleza temporal que realizan las empresas de la construcción con *otras empresas de distinta rama* u Organismos Oficiales, que implica el desarrollo de trabajos propios del sector o de mantenimiento de edificios o instalaciones industriales" (párr. 1º).

públicas”.¹⁹

3) En tercer lugar, se establece como requisito de aplicabilidad que la actividad de construcción y de la ejecución de los trabajos señalados se realice “en régimen de subcontratación” empresarial (art. 2, párr. 1º), definiendo ésta en los siguientes términos:

“la práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se le ha encomendado” (art. 3.h).

Como puede observarse, la definición excluye implícitamente el encargo que el promotor realiza al contratista, y en los demás, pone el acento en el objeto real del negocio, sin tener en cuenta su revestimiento formal ni la naturaleza civil, mercantil, o administrativa del negocio, o si la subcontratación es o no de la “propia actividad”.

La exigencia de que esté presente un acuerdo de subcontratación de la actividad determina la exclusión del ámbito de aplicación de la Ley de otras formas de colaboración interempresarial, tales como la cesión lícita de trabajadores a través de ETT, o la cesión ilícita de los mismos, prohibida en el art. 43 LET, remitiéndose en este caso a su régimen jurídico específico más severo.

Igualmente, resultan excluidas las relaciones interempresariales vinculados a las obras de construcción al amparo de otros negocios jurídicos tales como los contratos de compraventa o, en su caso, de arrendamiento (de grupos electrógenos, andamios, hormigoneras; maquinaria: martillo eléctrico, vallas ...); o de suministro.

Por último, la Ley 32/2006 es aplicable, sin limitación, a todos los *niveles de subcontratación* presentes en la obra, definidos como “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” (art. 3.i).

3. Los sujetos obligados: el promotor, el contratista, el subcontratista, los autónomos, y otros.

Otras definiciones expresas incluidas en la propia Ley 32/2006, delimitadoras de su alcance son las siguientes (art. 3):

¹⁹ Actividades expresamente incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio general (art. 12.2 y Anexo II).

Promotor: “cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra”, con independencia de que sea o no titular del terreno o de la edificación donde se realice la misma²⁰, y con indiferencia de que persiga o no ánimo de lucro para sí misma. En la obras públicas, la Administración pública adjudicante ostentará la posición de promotor.

Contratista o empresario principal: “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”.

Con carácter general, la Ley 32/2006, delimita las figuras del promotor, del contratista y del subcontratista como “personas físicas o jurídicas”, sin mención a otras entidades posibles, carentes de personalidad jurídica, excepción hecha, por lo que se refiere al contratista, del supuesto específico de las “contratas” realizadas con una Unión Temporal de Empresas (UTE), “que no ejecute directamente la obra” que previamente ha asumido por encargo de un promotor.

La Ley 18/1982, de 26 de mayo, define la UTE como “el sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro”.²¹ Puesto que la UTE carece de personalidad jurídica propia a la que imputar obligaciones y responsabilidades, la Ley 32/2006 salva esta dificultad declarando que “cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de obra que ejecute” (art. 3.e, párr. 2º, final). Se aporta en este punto seguridad jurídica en beneficio de terceros y también en de las empresas afectadas por lo que respecta a la exigencia del cumplimiento de la Ley 32/2006, pues ésta limita expresamente la condición de contratista de cada una de ellas “a la parte de obra que ejecute”.

El promotor y contratista: asimismo, la Ley 32/2006, establece que “cuando el promotor realice directamente con medios humanos y materiales propios la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrá también la consideración de contratista ...”; esto es, sin dejar de ser promotor, concurriendo ambas identidades en la misma persona física o jurídica a los efectos que para cada una dispone la Ley 32/2006 (art. 3.e, párr. 2º).

No obstante, mientras que el RD 1627/1997, por el que se establecen las disposiciones mínimas

²⁰ Si bien tratándose de la construcción de las edificaciones incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, debe “ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él” (art. 9.2.a Ley 38/1999).

²¹ Cfr. art. 7 de la Ley 18/1982, de 26 de mayo.

de seguridad y salud en las obras de construcción, ordena que, a efectos de lo dispuesto en el mismo, “cuando el promotor contrate directamente trabajadores autónomos para la realización de la obra o de determinados trabajos de la misma, tendrá la consideración de contratista” - excepto en el caso de que “la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda”; sin embargo, dicha previsión no ha sido recogida en la Ley 32/2006, por lo que cabe interpretar que el promotor que contrate directamente trabajadores autónomos para realizar la obra o parte de la misma no adquiere por ello la condición de contratista respecto de los mismos a los efectos de dicha Ley, sino únicamente a los efectos del RD 1627/1997.

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”.

Dicha definición corrige la deficitaria formulación contenida en el RD 1627/1997, de 24 de octubre, sobre el mismo sujeto, aun cuando sus efectos se limitan a las obligaciones y responsabilidades previstas en la Ley 32/2006 y no a las previsiones de aquella norma reglamentaria relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en la construcción.²²

No obstante, pese al tenor literal de su definición así como del término “subcontratación”, el concepto de subcontratista debe completarse con lo previsto en el art. 3.i) en el que se advierte que “nivel de subcontratación” es “cada uno de los escalones en que se estructura el proceso ... para la *ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida* contractualmente por el contratista con el promotor”; esto es, es subcontratista quien contrate la ejecución de parte de la obra previamente asumida por su comitente, pero también quien contrate la ejecución de la *totalidad* de dicha obra.²³

Trabajador autónomo: “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 el subcontratista el compromiso

²² En efecto, el RD 627/1997 define al subcontratista como la “persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista, empresario principal, el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución” (art. 2.1.i), limitando el supuesto de hecho descrito al que la Ley 32/2006 considera “primer subcontratista”.

²³ En este sentido, MERINO SEGOVIA, A., *Comentarios ...*, op. cit., p. 51.

de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplee en la obra a trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista ...”. Se reitera, en los mismos términos, la definición de trabajador autónomo del RD 1627/1997 (art. 3.g).²⁴

Dirección facultativa: “el técnico o técnicos competentes designados por el promotor, encargados de la dirección y del control de la ejecución de la obra”.

Coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra: “el técnico competente integrado en la dirección facultativa, designado por el promotor para llevar a cabo las tareas establecidas para este coordinador en la reglamentación de seguridad y salud en las obras de construcción”.

En definitiva, como puede apreciarse, al igual que en las figuras del promotor y del contratista, las definiciones de “obra de construcción”, “coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra”, “dirección facultativa”, y “trabajador autónomo” son en buena parte comunes a las contenidas en el RD 1627/1997, de 4 de octubre, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción. Sin embargo, aún de forma limitada a su ámbito de aplicación, la Ley 32/2006 incorpora por vez primera en el ámbito del derecho social una definición de la “subcontratación”, y avanza en la definición del subcontratista, al admitir correctamente como tal no sólo a quien contrata con el contratista, sino también a quien contrata con un subcontratista anterior, y en consecuencia, admite la existencia de distintos niveles de subcontratación.²⁵

4. Las nuevas obligaciones y límites empresariales introducidas por La Ley 32/2006.

La Ley 32/2006 regula la subcontratación en el sector de la construcción dirigiendo su intervención hacia aquellos factores presentes en la misma a los que implícitamente reconoce como concausantes de los altos índices de siniestralidad laboral en el sector.

4.1. Los requisitos para intervenir en el proceso de subcontratación.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 32/2006, para poder intervenir en el proceso de

²⁴ En extenso, sobre la posición jurídica del trabajador autónomo en el sector, *vid.* MARTÍNEZ BARROSO, M^a. R., “El trabajo autónomo en el sector de la construcción”, en *Relaciones laborales*, núm. 4, 2007.

²⁵ En claro contraste con la limitada definición de subcontratista prevista en el RD 1627/1997: “la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista, empresario principal, el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución” (art. 2.1.i).

subcontratación en el sector de la construcción como contratista o subcontratista, la empresa debe estar inscrita en el Registro de Empresas Acreditadas que la propia Ley crea (en adelante REA), correspondiente al ámbito territorial autonómico donde radique su domicilio social. Dicha inscripción tendrá validez en todo el territorio del Estado (art. 4.2.b y art. 6).

Con la solicitud de su inscripción en el REA, las empresas contratistas y subcontratistas, deben realizar una “declaración escrita” a través de su “representante legal” (quien, por tanto, responde personalmente de la veracidad de la misma), en el sentido de que cumplen *otros requisitos* necesarios para poder intervenir en el proceso de subcontratación en el sector a los que nos referimos más adelante: contar con solvencia como ente empresarial real y acreditar la formación preventiva de sus recursos humanos así como una organización preventiva adecuada a la LPRL (art. 4.3 de la Ley 32/2006).

Por lo que se refiere a la exigencia de declaración afirmativa sobre la solvencia empresarial, se trata de dificultar la existencia de prácticas fraudulentas, incluidas las empresas aparentes cuya actividad es la cesión ilícita de trabajadores y sobre las que se recuerda la plena vigencia del art. 43 LET (art. 7.3)²⁶ y, al tiempo, obstaculizar la competencia desleal entre las empresas del sector. La declaración se conecta con la exigencia legal de que dichas empresas (art. 4.1):

- Posean una organización productiva propia, cuenten con los medios materiales y personales necesarios, y los utilicen para el desarrollo de la actividad contratada.

En conexión con la necesidad de acreditar los medios materiales utilizados en la actividad contratada, el art. 8.2 de la Ley 32/2006 ordena que “cada empresa” (sin excepción alguna y, por tanto, incluido el empresario autónomo), con independencia del nivel que ocupe en la cadena de subcontratación (e incluso aun cuando se encuentre en la obra al margen de la misma), “deberá disponer de la documentación o título que acredite la posesión de la maquinaria que utiliza (cualquiera que sea su título jurídico), y de cuanta documentación sea exigida por las disposiciones legales vigentes”. En interpretación acorde con lo dispuesto en el apartado 1 del mismo art. 8, esta documentación debe estar disponible “en toda obra de construcción”. Su ausencia, por parte del contratista o del subcontratista, constituye una infracción administrativa leve

²⁶ Para un supuesto de deslinde entre cesión ilícita de mano de obra y contrata de servicios, *vid.*, entre otras, la STS de 3 de octubre de 2005 (RCUD núm. 3911/2004), en cuyo F. J. 3º puede encontrarse una síntesis de la doctrina jurisprudencial de la Sala sobre la materia; e igualmente, la STS de 14 de marzo de 2006 (RCUD núm. 66/2005), FF. JJ. 2º y 3º. Recientemente, sobre la delimitación entre contratación y subcontratación, y cesión ilícita, *vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, Mª. C., “Antiguos y nuevos planteamientos sobre subcontratación y cesión ilegal de trabajadores”, en *Actualidad Laboral*, 2007, núm. 7, pp. 812 a 829.

en materia de prevención de riesgos laborales.²⁷

- Asuman los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias de su actividad empresarial.

- Ejercen directamente las facultades de organización y dirección sobre sus trabajadores en la obra, debiendo identificarse en el Libro de Subcontratación “la persona que ejerce las facultades de organización y dirección de cada subcontrata” y, en su caso, “los representantes legales de los trabajadores de la misma” (art. 8.1 Ley 32/2006). Si se trata de un trabajador autónomo, se exige que ejecute el trabajo “con responsabilidad propia y fuera del ámbito de organización y dirección de la empresa que le haya contratado”, pues en otro caso estaríamos en el terreno de las relaciones laborales por cuenta ajena, ante un fraude de ley en la contratación.

Se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario “contenido, la forma y los efectos de la inscripción”. Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto desde la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), la Ley no prevé la inscripción de otros datos en el REA que pueden ser muy útiles para el control del buen funcionamiento del sector, tales como la anotación de las sanciones por infracción administrativa muy grave; la prohibición de contratar con la Administración Pública; las empresas declaradas insolventes por impagos de salarios y/o cuotas a la Seguridad Social; o la identificación de las empresas integrantes de un mismo grupo de empresas (aspecto sobre el que no existe registro alguno), muy frecuentes en el sector, y frente a las que es más difícil dirimir las posibles responsabilidades. Asimismo, la Ley tampoco prevé la cancelación de oficio del registro por la Autoridad Laboral en caso de que la ITSS acredite que la declaración de la empresa que allí consta no se ajusta a la realidad.²⁸

Por lo que respecta a la exigencia de solvencia en materia de prevención de riesgos laborales, deben contratistas y subcontratistas “acreditar”, por una parte, que disponen de recursos humanos, “en su nivel directivo y productivo” con “formación necesaria en prevención de riesgos laborales”; y por otra, que cuentan con una “organización preventiva adecuada a la LPRL”; esto es, a través de alguno de los mecanismos habilitados a tal efecto en el Capítulo IV

²⁷ Apartado 7 del art. 11 LISOS introducido por la Ley 32/2006 (art. 11 y disp. ad. 1ª.2).

²⁸ Observaciones puestas de manifiesto por VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M., “Contratación y Subcontratación en el Sector de la Construcción”, p. 5, ponencia a la Jornada sobre Subcontratación en la Construcción organizada por la Fundación José Unanue, FECOMA-CC.OO., y CC.OO. de Euskadi, y celebrada en Bilbao el 30 de marzo de 2007, y cuyo texto íntegro se halla disponible en la web del Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud de CC.OO. (ISTAS): <http://www.istas.net/web/abreenlace.asp?idenlace=3737> .

LPRL²⁹ y en RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de servicios de prevención de riesgos laborales.³⁰ Ambas exigencias se extienden a todos los trabajos de construcción incluidos en el ámbito de la aplicación de la Ley 32/2006, y no sólo a las empresas que contraten o subcontraten trabajos de construcción de especial peligrosidad.

Por lo que respecta a la formación preventiva del personal, que debe ser la “necesaria y adecuada a su puesto de trabajo o función ..., de forma que conozcan los riesgos y las medidas para prevenirlos”, la Ley 32/2006 legitima a la negociación colectiva sectorial de *ámbito estatal* para “establecer programas formativos y contenidos específicos de carácter sectorial y para los trabajos de cada especialidad”, así como para regular la “forma de acreditar la formación específica recibida por el trabajador referida a la prevención” (cuestión esta última que también podrá regularse reglamentariamente).

El sistema de acreditación “podrá consistir en la expedición de una cartilla o carné profesional para cada trabajador”, “único” y con “validez en el conjunto del sector” y, por consiguiente, en todo el territorio estatal con independencia de las vicisitudes de la relación laboral, “pudiendo atribuirse su diseño, ejecución y expedición a organismos paritarios creados en el ámbito de la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal”, y ello “en coordinación” con la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales (creada por la LPRL en su disp. ad. 5ª, y adscrita a la Comisión Nacional de de Seguridad y Salud en el Trabajo).

Cumple el requisito de ser un “organismo paritario” la Fundación Laboral de la Construcción (FLC), organismo privado sin ánimo de lucro de ámbito estatal creado por las entidades más representativas de ámbito estatal en el sector -Confederación Nacional de la Construcción (CNC), Federación Estatal de Construcción, Madera y Afines de CC.OO. (FECOMA-CC.OO.), y Metal, Construcción y Afines de UGT (MCA-UGT)-, en el Convenio General del Sector de la Construcción de 1992 (disp. adicional) (B.O.E. del 20 de mayo de 1992). La FLC, presente en las Comunidades Autónomas, ha desarrolla una creciente labor formativa en el sector, tanto de tipo profesional como preventiva (*vid.* Anexo III, apartado 3, del Convenio general), y expide a través de sus Consejos territoriales la denominada “cartilla profesional”, cuya obtención es voluntaria para los trabajadores y desempleados del sector, y en la que constan, entre otros, datos sobre su categoría profesional y los periodos de ocupación en las distintas empresas en las que ha trabajado.

²⁹ Parcialmente modificado por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de Reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales (Capítulo I).

³⁰ Modificado por RD 780/1998, de 30 de abril; por RD 688/2005, de 10 de junio; y ampliamente, por RD 604/2006, de 19 de mayo.

No obstante, aun cuando la Ley introduce en la LISOS como infracción grave y muy grave (en caso de trabajos con riesgos especiales) la falta de acreditación por la empresa de la formación preventiva de su personal (*infra*), no eleva dicha acreditación a requisito previo para su lícita contratación.

Por último, en relación a estas nuevas obligaciones, constituyen infracciones administrativas graves en materia de prevención de riesgos laborales imputables tanto al contratista como a los subcontratistas:

- El incumplimiento del deber de inscripción en el REA, así como “del deber de verificar” dicho registro por los subcontratistas con los que contrate o subcontrate; deber de verificación, que indirectamente se introduce en la LISOS mediante la sanción a su incumplimiento, limitado a la certeza de su inscripción formal, que no de su solvencia empresarial.
- El incumplimiento del deber de acreditar, en la forma legal o reglamentaria establecida, que disponen de recursos humanos con formación necesaria en materia de prevención de riesgos laborales (en los niveles directivo como productivo), así como de una organización preventiva adecuada.³¹

La calificación de dichas infracciones se eleva a la de muy grave cuando concurra en “trabajos con riesgos especiales conforme a la regulación reglamentaria de los mismos para las obras de construcción”³², actualmente referidos, en relación no exhaustiva, en el Anexo II del RD 1627/1997, de 24 de octubre.

4.2. El impulso a la contratación indefinida y a la mayor estabilidad del empleo temporal.

Como medida dirigida a mejorar las condiciones de trabajo en el sector, la Ley 32/2006 ordena que “las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de obras de la construcción” deben disponer progresivamente de un número mínimo de trabajadores con contrato indefinido. Así durante los primeros dieciocho meses a partir de la entrada en vigor de la Ley 32/2006 (18 de octubre de 2008), las empresas

³¹ Ambas infracciones graves introducidas por la Ley 32/2006 (art. 11 y disp. ad. 1ª.3), se encuentran tipificadas en los apartados 27.a y 28.c del art. 12 LISOS en relación al subcontratista y al contratista, respectivamente.

³² Ambas infracciones muy graves introducidas por la Ley 32/2006 (art. 11 y disp. ad. 1ª.4), se encuentran tipificadas en los apartados 15.a y 16.b del art. 13 LISOS en relación al subcontratista y al contratista, respectivamente.

contratistas y subcontratistas del sector deberán contar con un mínimo del 10 por ciento de trabajadores indefinidos. A partir de entonces, y hasta el mes trigésimo sexto (19 de octubre de 2008), con un mínimo del 20 por ciento de la plantilla; y desde el mes trigésimo sexto incluido (19 de abril de 2010), con un mínimo del 30 por ciento de trabajadores contratados con carácter indefinido (art. 4.4).

Sin embargo, debe advertirse que, en términos generales, este objetivo ya estaba cumplido tiempo de aprobarse la Ley.³³ Por ello, cabe considerar que la finalidad de la medida es lograr un nivel mínimo de plantilla estable en todas y cada una de las empresas contratistas y subcontratistas incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley, con independencia de su tamaño, si bien atendiendo a una simple regla de tres, los efectos de la medida tendrán mayor impacto en las empresas de menos de cinco asalariados.

No obstante, y pese a los plazos, la efectividad de esta exigencia se encuentra pendiente de determinación reglamentaria, sede en la que deberá concretarse qué se entiende por “habitualmente”, así como el sistema de cómputo de la plantilla estable en relación al total, la forma de acreditar que dicha exigencia legal se cumple y el momento.

En cualquier caso, la exigencia de dicho porcentaje de contratos indefinidos se imputa a “la empresa”, por lo que cabe interpretar que debe computarse en relación al total de la plantilla.³⁴

Se tipifica como infracción administrativa muy grave en materia de relaciones laborales el incumplimiento por las empresas obligadas “de la normativa sobre limitación de la proporción mínima de trabajadores contratados con carácter indefinido”, contenido en la Ley 32/2006 y en su reglamento de aplicación³⁵. Asimismo, se extiende al cumplimiento de esta obligación por parte de las empresas subcontratistas el deber de vigilancia impuesto a empresas contratistas y subcontratistas comitentes en el art. 7.1 de la Ley 32/2006, pero sin que el eventual incumplimiento por parte de aquéllas de lugar a la imputación de responsabilidad solidaria sobre la empresa contratista, prevista para otros supuestos en el art. 7.2 de la Ley.

³³ En efecto, al margen de otros indicadores (INE), el objetivo ya se había alcanzado en el sector conforme a los datos de la Encuesta de Población Activa (EPA) referentes al año 2002: se registraron 665.900 trabajadores con contrato indefinido frente a 862.300 trabajadores con contrato de duración determinada (el 43,6% y 56,4% del total, respectivamente).

Fuente: INSHT, *Informe sobre el Sector de la Construcción (1999-2002)*. Puede consultarse en: http://www.mtas.es/insht/statistics/const02_soc.htm.

³⁴ Sobre esta cuestión, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. Fda., “El derecho de las contratas ...”, *op. cit.*, p. 52, considera que el cumplimiento del requisito debe mantenerse “por todo el tiempo de su vigencia” (referida al acuerdo de contrato o subcontrato), y “siendo la obra objeto del mismo el ámbito material en el que se han de reunir las exigencias de porcentaje de trabajadores fijos, ...”.

³⁵ Apartado 16 del art. 8 LISOS, introducido por la Ley 32/2006 (art. 11 y disp. ad. 1^a.1).

Por lo que respecta al empleo temporal en el sector, y atendiendo su realidad, La Ley 32/2006 se limita a reconocer plena legitimidad a la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal para “*adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado* previsto con carácter general (art. 15.1.a LET y RD 2720/1998) mediante fórmulas que garanticen *mayor estabilidad* en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación”, y ello “con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo ... y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales” (disp. ad. 3^a).³⁶

4.3. La limitación en la cadena de subcontratación.

4.3.1. Reglas generales.

En su art. 5.2 la Ley 32/2006 establece reglas limitativas indisponibles en la cadena vertical de subcontratación, no al promotor ni al contratista, sino al primer subcontratista en el caso de que éste se limite a aportar mano de obra dotada de meras herramientas manuales, y con carácter general, al tercer subcontratista y a los trabajadores autónomos sin asalariados:

a) “El *promotor* podrá contratar directamente con cuantos contratistas estime oportuno ya sean personas físicas o jurídicas”.

Por tanto, se mantiene para el promotor la libertad de contratación preexistente, tanto vertical como horizontal, con las limitaciones ya presentes en la legislación específica aplicable en determinados ámbitos, como la construcción en el sector público, en el que los contratistas deben cumplir determinados requisitos generales.³⁷

b) “El *contratista* podrá contratar con las empresas subcontratistas o trabajadores autónomos la ejecución de los trabajos que hubiera contratado con el promotor”.

También se mantiene para el contratista la libertad de subcontratación preexistente, tanto vertical como horizontal, pudiendo el contratista ceder parte de los trabajos que hubiera contratado con el promotor a uno, dos o más subcontratistas o trabajadores autónomos. Ello, sin perjuicio de las limitaciones ya preexistentes para la subcontratación por los adjudicatarios de

³⁶ La regulación convencional aludida, realizada al amparo de lo dispuesto en el art. 15.1.a, párr. 2º y 2.1, párr. 2º del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, se encuentra vigente en el art. 28 del Convenio general, bajo la denominación de “contrato fijo de obra”, de carácter temporal.

³⁷ Cfr. arts. 20 a 22 del RD Legislativo 2/2000.

contratos administrativos.³⁸

c) El *primer y segundo subcontratistas* podrán subcontratar la ejecución de los trabajos que, respectivamente, tengan contratados, salvo cuando “su organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, entendiéndose por tal la que para la realización de la actividad contratada no utiliza más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, aunque cuenten con el apoyo de otros equipos de trabajo ... siempre que éstos pertenezcan a otras empresas, contratistas o subcontratistas, de la obra” (art. 5.2, apartados c y f).

Esta limitación dificultará la práctica ilícita constatada en el sector consistente en que un supuesto empresario, dotado de una mínima infraestructura, se limite a reclutar y suministrar personal a empresas del sector con actividad intensiva en mano de obra. En consecuencia, en adelante, la necesidad de incremento de trabajadores deberá cubrirse mediante nuevas contrataciones o, en su caso, mediante prácticas lícitas de cesión de trabajadores por empresas de trabajo temporal.³⁹

No obstante, si no se da dicha circunstancia, el primer y segundo subcontratistas mantienen la misma libertad de subcontratación vertical y horizontal que disfrutaron antes de la vigencia de dicha Ley.

Por otra parte, este primer límite no afecta al contratista, quien mantiene intacta su libertad de subcontratación, aun cuando se trate de una empresa organización productiva en la obra también consista, “fundamentalmente”, en la aportación de mano de obra.

d) “El *tercer subcontratista* no podrá subcontratar los trabajos que hubiera contratado con otro subcontratista o trabajador autónomo” (art. 5.2, apartado d). Este segundo límite legal a la cadena de subcontratación elimina para este tercer subcontratista totalmente la libertad de subcontratación de la que antes disfrutaba (tanto en sentido vertical como horizontal).

³⁸ Cfr. art. 115 del RD Legislativo 2/2000. Entre dichas limitaciones se establece que “las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no excedan del porcentaje que, superior al 50 por 100 del importe de adjudicación, se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que tal previsión no figure en el pliego, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del indicado 50 por 100 del importe de adjudicación” (apartado 2.b).

³⁹ En este último caso, de forma limitada: siempre y cuando no se trate de la realización de los trabajos de construcción que implican riesgos especiales para la seguridad y salud de los trabajadores y que se encuentran incluidos en la relación no exhaustiva del Anexo II del RD 1627/1997, ni de los demás trabajos de especial peligrosidad vedados a los contratos de puesta a disposición en virtud del art. 8.b de la Ley 14/1994 y del art. 8 del RD 216/1999, de 5 de febrero.

e) El antedicho “*trabajador autónomo* no podrá subcontratar los trabajos a él encomendados ni a otras empresas subcontratistas ni a otros trabajadores autónomos” (apdo. e).

Esta limitación le afecta en todos los niveles de subcontratación; pretende que el trabajador autónomo presente en la obra lo sea verdaderamente, en la que concurren los requisitos de su definición legal en la Ley, incluida la prestación personal y directa de la actividad contratada; impide el encadenamiento de autónomos subcontratados, que agudiza estrechamiento de márgenes ya señalado, así como la subcontratación atomizada de fases de la obra, que complica la coordinación de las medidas preventivas.

Finalmente, debe tenerse presente que los límites señalados afectan estrictamente al ámbito de aplicación de la Ley (ejecución en régimen de subcontratación de determinados trabajos del sector de la construcción definidos en sus arts. 2 y 3.1, apartados *a* y *h*, *supra*), por lo que no se establecen límites al número de empresas intervinientes en la obra a través de otras formas de cooperación (por ejemplo, mediante su integración en un mismo grupo de empresas), ni tampoco a la subcontratación de otras actividades distintas de los trabajos especificados por la Ley, aun cuando se encuentren presentes en las obras de construcción.⁴⁰

4.3.2. Excepciones.

El apartado 3 del art. 5 de la Ley 32/2006 introduce excepciones a los límites en la subcontratación previstos en su apartado 2:

1. Así, el *tercer subcontratista* podrá subcontratar en un nivel adicional (hasta el cuarto subcontratista), cuando a juicio de la *dirección facultativa* ello “fuera necesario” a causa de alguna o algunas de las siguientes circunstancias:

- “casos fortuitos debidamente justificados”;
- “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”.

⁴⁰ Por su carácter ilustrativo, el cuadro gráfico de las limitaciones finalmente aprobadas puede verse en la p. 12 del documento distribuido por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a fin de facilitar la aplicación de la Ley 31/2006 en tanto se apruebe su desarrollo reglamentario:
<http://www.fundacionlaboral.org/web/resources/subirficheros/00275730fichero.pdf>.

2. Asimismo, el primer o del segundo subcontratista cuya organización productiva puesta en la obra se limite a aportar mano de obra, así como en el caso de los trabajadores autónomos, podrán subcontratar (o contratar, en el caso de este último que fuera contratista) con otro nivel inferior, si así lo autoriza la dirección facultativa, únicamente cuando “la circunstancia motivadora sea la de fuerza mayor”; no admitiéndose para éstos otros supuestos excepcionales.

Corresponde a la “dirección facultativa” la apreciación de la existencia de dichas circunstancias y la autorización para superar el límite ordinario “en un nivel adicional”; esto es, por una sola vez.

Si bien la jurisprudencia y la doctrina han elaborado la noción de “caso fortuito” y “de fuerza mayor”⁴¹, por el contrario, la Ley no delimita cuándo concurren las “exigencias de especialización de los trabajos” ni las “complicaciones técnicas de la producción” que autoricen un cuarto nivel de subcontratación que, sin embargo, califica expresamente como excepcional; pese a ello, no exige que dichas circunstancias se presenten de forma imprevisible ni que sean inevitables (requisitos necesarios para la concurrencia del caso fortuito o de la fuerza mayor). Por ello, la doctrina advierte que la legitimación de estas últimas causas su requerirá acreditar cuando menos la existencia de “una suficiente gravedad y de una diligencia adecuada en su prevención”, además de cumplir los demás requisitos previstos en la Ley 32/2006.⁴²

Se establece sobre la dirección facultativa de la obra la obligación de anotar su autorización excepcional en el Libro de Subcontratación del contratista en cuyo ámbito aquélla tenga lugar (art. 8.1, párr. 2º). Esta anotación implica el traslado de la información al contratista, y la posibilidad de acceso a la misma por parte de los subcontratistas y de los representantes de los trabajadores.

Por su parte, el contratista debe “poner en conocimiento del coordinador de seguridad y salud” así como de “los representantes de los trabajadores” de las diferentes empresas incluidas en el ámbito de ejecución *de su contrato* que figuren en su Libro de Subcontratación, el hecho de la subcontratación excepcional.

⁴¹ Un resumen de la jurisprudencia civil sobre los supuestos de caso fortuito (intrínsecos o internos a la actividad) puede verse en el F. J. 3º de la STS de 2 de enero de 2006 (rec. de casación núm. 1845/1999); y sobre los supuestos de fuerza mayor (extraños y ajenos a la propia actividad) en el F. J. 3º *final* de la STS de 18 de diciembre de 2006 (rec. de casación núm. 200/2000).

Asimismo, sobre esta cuestión a propósito de las previsiones de la Ley 32/2006, *vid.* CALVO GALLEGOS, F. J., “La nueva Ley ...”, *op. cit.*, pp. 40 a 43; y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª. Fda., “El derecho de las contratas ...”, *op. cit.*, pp. 48 a 51.

⁴² En este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª. Fda., “El derecho de las contratas ...”, *op. cit.*, p. 50.

Asimismo, el contratista debe remitir un informe motivado “en el que se indiquen las circunstancias de su necesidad” y una copia de la anotación del Libro de Subcontratación a la autoridad laboral competente, estableciéndose para esta obligación el plazo de los cinco días hábiles siguientes a su aprobación (art. 5.4).

4.3.3. Incumplimiento y sanciones administrativas.

No obstante, la Ley introduce elementos disuasorios frente a un posible exceso en la utilización de cualquiera de las citadas causas que excepcionan los límites ordinarios a la subcontratación vertical.

A tal efecto, la Ley 32/2006 introduce en la LISOS distintos supuestos de hecho constitutivos de infracciones graves y muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, imputables a los subcontratistas, al contratista y al promotor, compatibles, en el caso del contratista, con la exigencia de responsabilidad solidaria en materia laboral y de seguridad social (*infra*).

Así, el *subcontratista* incurrirá en infracción grave en los siguientes supuestos:

- Cuando subcontrate con otro u otros subcontratistas o trabajadores autónomos, superando la limitación vertical establecida, sin la expresa aprobación de la dirección facultativa;
- Cuando permita que, en el ámbito de la ejecución de su subcontrato, otros subcontratistas o trabajadores autónomos incurran en el supuesto anterior, siempre y cuando dichos subcontratistas no hayan producido un falseamiento en los datos comunicados a su comitente.⁴³

Por su parte, el *contratista* incurrirá en infracción grave cuando permita, en el ámbito de la ejecución de su contrato, la intervención de empresas subcontratistas o de trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos, sin disponer de la expresa aprobación de la dirección facultativa, y siempre y cuando no se haya producido un falseamiento en los datos comunicados por los subcontratistas a su respectivo comitente.⁴⁴

Por último, el *promotor* comete una infracción grave en caso de “permitir, a través de la actuación de la dirección facultativa” de la obra, “la aprobación de la ampliación excepcional de

⁴³ Apartado 27.c del art. 12 LISOS incorporado por la Ley 32/2006 (art. 11 y disp. ad. 1ª.3.).

⁴⁴ *Vid.* Apartado 28.b del art. 12 LISOS incorporado por la Ley 32/2006 (art. 11 y disp. ad. 1ª.3.).

la cadena de subcontratación cuando *manifiestamente* no concurren las causas” legales que exceptúan los límites a la misma.⁴⁵

En todos los casos citados, las antedichas infracciones administrativas imputables a los subcontratistas, al contratista y al promotor, se califican como muy graves cuando tiene lugar en relación a trabajos de construcción considerados con riesgos especiales conforme a su normativa reglamentaria.⁴⁶

4.4. El Libro de Subcontratación.

Junto con la obligación de “cada empresa” de disponer en la obra de la “documentación o título que acredite la posesión de la maquinaria que utiliza” (art. 8.2) (*supra*), la Ley 32/2006, introduce otra nueva obligación sobre cada empresa *contratista* vinculada a una obra determinada: la tenencia y cumplimentación actualizada del denominado “Libro de Subcontratación” (art. 8).

Se trata de un mecanismo que, por vez primera, pretende servir como instrumento de control sobre la cadena de subcontratación, identificando a cada una de las empresas que intervienen en la misma y, en particular, sobre el cumplimiento de la limitación que dicha Ley establece al encadenamiento de subcontratas.

En su contenido, este documento debe dar cuenta, por orden cronológico “desde el comienzo de los trabajos”, de “todas y cada una de las subcontrataciones realizadas en una determinada obra”, con subcontratistas y con trabajadores autónomos, y ello con independencia de la duración o del carácter continuo o intermitente de la ejecución de sus trabajos, pero siempre que se trate de los definidos en los arts. 2 y 3.1 de la propia Ley (*supra*). En relación a cada una de estas subcontrataciones, el Libro de subcontratación debe contener la siguiente información:

- Nivel de subcontratación.
- Empresa comitente.
- Objeto del contrato.
- Identificación de la persona que ejerce facultades de organización y dirección de la subcontratista.
- Identificación los representantes legales de los trabajadores en la empresa

⁴⁵ *Vid.* apartado 29 del art. 12 LISOS incorporado por la Ley 32/2006 (art. 11 y disp. ad. 1ª.3.).

⁴⁶ Apartados 15.b, 16.a y 17 del art. 13 LISOS, incorporados por la Ley 32/2006 (art. 11 y disp. ad. 1ª.4.), en relación al subcontratista, al contratista y al promotor, respectivamente.

subcontratista, si los hay.

- Las respectivas fechas de entrega de la parte del plan de seguridad y salud que afecte a cada empresa subcontratista y trabajador autónomo.
- Las instrucciones elaboradas por el coordinador de seguridad y salud sobre el procedimiento de coordinación establecido.
- En su caso, las anotaciones de la dirección facultativa exceptuando los límites a la subcontratación en los supuestos permitidos por la Ley 32/2006 (art. 5.3).

Al Libro de Subcontratación, que debe permanecer siempre en la obra, tienen acceso los siguientes sujetos: el promotor; la dirección facultativa; el coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución de la obra; las empresas y trabajadores autónomos intervinientes en la obra; los técnicos de prevención; los delegados de prevención; la autoridad laboral y los representantes de los trabajadores “de las diferentes empresas que intervengan en la ejecución de la obra”, no sólo, por tanto, de las empresas vinculadas a la línea de subcontratación del contratista titular de dicho Libro. A éstos mismos se reconoce además el derecho a “ser informados de las contrataciones y subcontrataciones que se hagan” en la obra (art. 9.1).

Se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario el régimen de habilitación a cargo de la autoridad laboral autonómica, su contenido, y obligaciones y derechos derivados del mismo”, y se ordena la revisión de las diversas obligaciones documentales exigibles en las obras de construcción “con objeto de lograr su unificación y simplificación”.⁴⁷ En tanto el desarrollo reglamentario no culmine, el control sobre la cadena de subcontratación se realizará según el modelo aprobado en el anexo de la Ley 32/2006 (disp. trans. 2ª).

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones relacionadas con el Libro de Subcontratación, el contratista incurrirá en infracción administrativa en materia de prevención de riesgos laborales tipificada como *leve* en caso de su ausencia en la obra⁴⁸; y en infracción administrativa *grave* en el supuesto de no llevarlo “en orden y al día”, o de “no hacerlo en los términos establecidos reglamentariamente”.⁴⁹

⁴⁷ En efecto, concurren en las obras de construcción otras obligaciones documentales de interés social: el Libro de Incidencias (art. 13 RD 1627/1997) y el “Libro de Registro” (art. 42.4 *final* LET, incorporado por Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio). Junto con los anteriores, además del proyecto, en las obras de edificación, es preceptiva otra documentación técnica relativa al seguimiento y control de la obra cuya relación no exhaustiva puede verse en el Anejo II del CTE (RD 314/2006); y, ello sin perjuicio de la documentación establecida por “otras Administraciones públicas competentes”. Así, en la Comunidad Autónoma de Madrid, se exige el “Libro de Órdenes, Asistencias e Incidencias” (arts. 9.3 y 10.2 Ley 2/1999, de 17 de marzo, de Medidas para la Calidad de la Edificación).

⁴⁸ Apartado 6 del art. 11 LISOS incorporado por la Ley 32/2006 (art. 11 y disp. ad. 1ª. 2).

⁴⁹ Apartado 28.a del art. 12 LISOS incorporado por la Ley 32/2006 (art. 11 y disp. ad. 1ª.3)

4.5. El deber empresarial de vigilancia sobre el cumplimiento de la Ley 32/2006.

El art. 7.1 de la Ley 32/2006 amplía el contenido del deber de vigilancia como instrumento al servicio de la prevención de riesgos laborales vigente en el ámbito de las obras de construcción en virtud del RD 1627/1997, de 24 de octubre y del RD 171/2004, de 30 de enero (particularmente su disp. ad. 1ª), de desarrollo del art. 24 LPRL.

Así, por lo que respecta a los sujetos obligados, ordena a las empresas *contratistas* y también a las *subcontratistas* (ampliación de los sujetos activos, mantenido la exclusión del promotor y del autónomo) vigilar el cumplimiento de su *contenido íntegro*, además de por las empresas *subcontratistas*, también por los *trabajadores autónomos con que contraten*” (ampliación del objeto y de los sujetos pasivos), si bien, “en particular”, subraya como cuestiones relevantes sobre las que debe recaer dicho deber de vigilancia las obligaciones recogidas en sus arts. 4.2 (de acreditación y registro) y 5 (régimen de la subcontratación); esto es:

- la acreditación de la formación preventiva de los trabajadores, en su nivel directivo y productivo;
- la acreditación de que cuentan con una organización preventiva en empresa adecuada a la LPRL;
- su inscripción en el REA;
- y la observancia de los límites a la subcontratación vertical.

A estos efectos, la Ley 32/2006 ordena que “las empresas subcontratistas deberán comunicar o trasladar al contratista, a través de sus respectivas empresas comitentes en caso de ser distintas de aquél, toda información o documentación que afecte al contenido” de su Capítulo II, comprensivo de los arts. 4 a 11, ambos inclusive (art. 7.1, párr. 2º).

La obligación información y traslado documental así establecida tiene por destinatario final el contratista, quien debe recibirla de cada subcontratista presente en la obra a través de su comitente, siendo estos los sujetos obligados. De esta forma, la Ley persigue poner a disposición de cada comitente (sea contratista como subcontratista) medios de control para el cumplimiento efectivo de su deber individual de vigilancia, que se duplica sobre un mismo sujeto empresarial, cosa que no ocurriría si se hubiera ordenado trasladar la información directamente al contratista por cada subcontratista de la cadena.

El reforzamiento de la vigilancia se produce también porque se establece ampliamente que el deber alcanza a “toda información o documentación que afecte al contenido” del Capítulo II de

la Ley 32/2004, sin exclusión; esto es, cada subcontratista debe dar cuenta del cumplimiento por su parte de *todas* las obligaciones allí establecidas, a saber: solvencia empresarial (art. 4.1); formación preventiva de su personal y dotación de una organización preventiva que cumpla los parámetros de la LPRL (art. 4.2.a); inscripción en el REA (arts. 4.2.b y 6); plantilla mínima contratada con carácter indefinido (art. 4.4); y cumplimiento de los límites legales a la subcontratación en cadena (art. 5).

El incumplimiento del antedicho deber de información y de traslado de documentación por parte de los subcontratistas, o su cumplimiento deficiente, podrá ser objeto de sanción por infracción administrativa grave en materia de prevención de riesgos laborales cuando como consecuencia del mismo no se permita al contratista llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación⁵⁰; y como infracción muy grave también en materia de prevención de riesgos laborales en caso de que se falseen los datos comunicados al contratista o a su subcontratista comitente y ello “dé lugar al ejercicio de actividades de construcción incumpliendo el régimen de la subcontratación o los requisitos legalmente establecidos”.⁵¹

Sin embargo, no se especifica cuáles han de ser los documentos ni los datos concretos que cada subcontratista debe suministrar, ni se le exige que comunique la información por escrito, por lo que el cauce oral será igualmente admisible. Esta falta de concreción en cuanto a los datos y en cuanto a la forma podría subsanarse por vía reglamentaria, a fin de ganar en seguridad jurídica y efectividad en el objetivo perseguido por la norma.

En cuanto al deber de vigilancia impuesto por la Ley 32/2006 al contratista y al subcontratista comitente sobre el trabajador autónomo presente en la obra se limita “al cumplimiento de lo dispuesto en la misma” por parte de éste; en consecuencia, la Ley 32/2006 no extiende el deber de vigilancia sobre el autónomo al cumplimiento por parte de éste de otras obligaciones que le vienen impuestas por la normativa de prevención y riesgos laborales de forma que, limitando el objeto de la vigilancia al contenido de la Ley 32/2006, éste se determina por las obligaciones específicas que la misma impone al autónomo en sus arts. 4.1.c), 5.1.d) y e): “ejecutar el trabajo con autonomía y responsabilidad propia y fuera del ámbito de organización y dirección de la empresa que le haya contratado”, como requisito específico para poder intervenir en el proceso de subcontratación en el sector de la construcción; no haber sido subcontratado por un tercer subcontratista; y no vulnerar la prohibición de “subcontratar los trabajos a él encomendados ni a otras empresas subcontratistas ni a otros trabajadores autónomos”.

⁵⁰ Apartado 27.b del art. 12 LISOS introducido por la Ley 32/2006 (art. 11 y disp. ad. 1ª.3).

⁵¹ Apartado 15.c del art. 13 LISOS introducido por la Ley 32/2006 (art. 11 y disp. ad. 1ª.4).

5. La exigencia de responsabilidad solidaria.

Conforme al art. 7.2 de la Ley 32/2006, el incumplimiento de las obligaciones de acreditación en materia de prevención de riesgos y de registro contenidas en su art. 4.2, y del régimen de subcontratación limitada previsto en su art. 5 determinan la *responsabilidad solidaria del subcontratista* que contrate incurriendo en dichos incumplimientos y *del contratista* (empresario principal, o constructor) que corresponda a su línea de subcontratación.

A falta de previsión como infracción administrativa del contratista el incumplimiento del deber de vigilancia que le impone el art. 7.1 de la Ley 32/2006, el apartado 2 del mismo precepto sanciona implícitamente mediante el sistema de responsabilidad derivada dicho incumplimiento, si bien limitado a parte de las obligaciones objeto del más amplio deber de vigilancia; la ausencia de vigilancia sobre el cumplimiento del resto de las obligaciones parece no tener consecuencias.

Dicha responsabilidad solidaria tendrá lugar “cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas”; esto es, desechando entrar en la problemática de si son o no de la “propia actividad”. Asimismo, se elimina la responsabilidad en cadena, en beneficio de la seguridad jurídica de las subcontratistas intermedias entre la que incumple y el contratista que no incurran en vulneración de los arts. 4.2 y 5 de la Ley 32/2006.

Esta responsabilidad solidaria alcanza tanto a las “obligaciones laborales” (por tanto, más allá de las meramente salariales según su concepto del art. 26.1 y 2 LET) como “de Seguridad Social” (expresión que permite una interpretación extensiva, no limitada a deudas por cuotas y recargos sobre las mismas), siempre que dichas obligaciones laborales y de Seguridad Social deriven “de la *ejecución* del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de ejecución de su contrato”, sin establecer limitaciones temporales específicas (por lo que operan los plazos de caducidad y prescripción ordinarios), ni limitaciones cuantitativas, ni mecanismo de exoneración posible.⁵²

Por último, el promotor, en correspondencia a su exención del deber de vigilancia previsto en el art. 7.1, está implícitamente excluido del régimen de responsabilidad solidaria, salvo que también sea contratista en los términos del art. 3.e, párr. 2º; y sin perjuicio de su responsabilidad administrativa en los términos de los arts. 12.29 y 13.17 LISOS (*supra*).

⁵² En este sentido, MERCADER UGUINA, J. R., Patricia NIETO ROJAS, P., “La Ley reguladora ...”, *op. cit.*

6. Nuevo sistema de representación de los trabajadores y prevención de riesgos.

La Ley 32/2006 faculta a la negociación colectiva “sectorial de ámbito estatal” para articular nuevos sistemas representación de los trabajadores “con el fin de promover el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en las obras de construcción del correspondiente territorio”. El nuevo procedimiento representativo podrá articularse *a través de representantes sindicales o a través de un ente representativo bipartito*, formado por representantes de “organizaciones empresariales y sindicales” (art. 9.2).

De adoptarse la primera opción, se crearía una nueva figura a modo de “delegado territorial y sindical” demandada desde hace tiempo por la parte sindical con el fin de reforzar la labor preventiva en las empresas y, sobre todo, de llenar el vacío existente en las empresas o centros de trabajo de que desarrollan su actividad en las obras en las que no existe representación unitaria ni, por consiguiente, presencia de delegado de prevención alguno, en la mayor parte de los casos, por estar integradas de menos de seis trabajadores.

La nueva figura representativa sería homogénea para todo el sector en el territorio estatal y el desarrollo convencional de sus funciones podría realizarse teniendo en cuenta las posibilidades que brinda el art. 35.4, párr. 2º de la LPRL. Sin embargo, ni el art. 9.2 Ley 32/2006 ni el art. 35.4 párr. 2º de la LPRL le reconocen garantías legales que tutelen su actuación, en contraste con la regulación existente para los delegados de prevención (art. 37 LPRL), resultando muy dudoso que la vía convencional pueda extender a la nueva figura todas o parte de aquellas garantías, por tratarse de una materia objeto de reserva legal.

Por lo que respecta a segunda opción presente en el art. 9.2 de la Ley 32/2006 de establecimiento de un ente representativo bipartito, cabe recordar como referente la labor del Organismo Paritario para la Prevención de Riesgos Laborales adscrito a la Fundación Laboral de la Construcción, y cuya labor se dirige principalmente a las empresas del sector con menos recursos mediante visitas a pie de obra.⁵³

⁵³ En este sentido, *vid.* el Anexo III, apartado 4, del Convenio general para los años 2002-2006.