



LA NUEVA LEY SOBRE SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN*

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO**

*Profesor Titular de Universidad de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

EXTRACTO

La Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la Construcción, aborda, tras una larga lucha sindical, algunas de las causas que tradicionalmente se han venido señalando como posibles motivos de los altos índices de siniestralidad presentes en el sector de la construcción. De esta manera, tras limitar a tres los posibles niveles de subcontratación a los que, como regla general, podrá descenderse en cada obra, la Ley 32/2006 establece igualmente una serie de requisitos tanto organizativos, como preventivos, de acreditación y registro que habrán de cumplir todas aquellas empresas que vayan a intervenir en estos procesos de subcontratación. Si a todo esto le unimos unas no siempre claras normas sobre responsabilidad solidaria en caso de incumplimiento tanto de estos requisitos como de las normas sobre subcontratación, el reconocimiento de nuevos derechos a los representantes de los trabajadores, la aparición de un nuevo Libro de subcontratación —a añadir a la ya densas obligaciones documentales en este campo—, las menciones expresas a la acreditación de la formación preventiva de los trabajadores, una muy amplia regulación sancionadora en el plano administrativo, o una recepción expresa del contrato fijo de obra para el conjunto del sector, tendremos, en definitiva, una norma ciertamente importante, más aún dado el volumen de empleo que durante estos últimos años ha ido asumiendo en nuestro país el sector de la construcción.

* El autor quisiera dedicar este trabajo a la memoria de D. Miguel Olalla Mercadé.

** Trabajo realizado en el marco del Proyecto «El papel de las comunidades autónomas en el sistema de relaciones laborales europeo (SEC2003-09605)».

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LAS RAZONES Y EL ORIGEN DE LA NUEVA LEY
 - 1.1. La persistente y alta tasa de siniestralidad en la construcción. Posibles causas
 - 1.2. Los orígenes de la actual Ley
2. OBJETO, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES DE LA LEY 32/2006
 - 2.1. Objetivo de la ley: la descentralización productiva vista, básicamente, desde la óptica de la prevención
 - 2.2. Ámbito de aplicación
 - 2.3. Definiciones
3. EL CONTENIDO MATERIAL DE LA LEY 32/2006.
 - 3.1. La nueva regulación de la subcontratación
 - 3.1.1. Los nuevos niveles máximos de subcontratación
 - 3.1.2. La excepcional apertura de un cuarto nivel de subcontratación
 - 3.1.3. El posible papel de la negociación colectiva
 - 3.1.4. Documentación de la subcontratación: el Libro de Subcontratación
 - 3.1.5. El deber de vigilancia y las obligaciones de comunicación interempresariales
 - 3.1.6. Responsabilidades administrativas
 - 3.1.7. La responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales y de Seguridad Social
 - 3.2. Derechos de los representantes de los trabajadores
 - 3.2.1. Derechos de información de los representantes de los trabajadores
 - 3.2.2. La llamada a sistemas o procedimientos de representación de carácter territorial
 - 3.3. Nuevas exigencias a las empresas
 - 3.3.1. Requisitos organizativos (I): la existencia real de una organización productiva, la ausencia de cesiones ilegales y de falsos autónomos
 - 3.3.2. Requisitos organizativos (II): los porcentajes mínimos de trabajadores indefinidos
 - 3.3.3. Requisitos preventivos
 - 3.3.4. Requisitos registrales: la acreditación y el registro de empresas acreditadas,
 - 3.3.5. El deber de vigilancia y las consecuencias de los posibles incumplimientos
 - 3.4. Normas relativas a la formación y modo de contratación del trabajador
 - 3.4.1. La acreditación de la actividad preventiva de los trabajadores
 - 3.4.2. La recepción legal del contrato fijo de obra
4. ENTRADA EN VIGOR

1. INTRODUCCIÓN: LAS RAZONES Y EL ORIGEN DE LA NUEVA LEY

1.1. La persistente y alta tasa de siniestralidad en la construcción. Posibles causas

Aunque durante los años 2003 y 2004 el número de accidentes en jornada de trabajo con baja en el sector de la construcción descendió en España poco más de 21.0000 accidentes —véanse los datos recogidos en la Ta-

bla 1—, pasando de los 245.176 del año 2002 a los 223.603 del año 2004, lo cierto es que, transcurridos más diez años desde la entrada en vigor de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, este sector de actividad sigue siendo uno de los más proclives de nuestro sistema, tanto a la aparición de este tipo de percances, como a dotarlos de una especial gravedad ¹.

Buena muestra de ello fueron los 365 accidentes mortales que se produjeron en la construcción en el año 2004, los 136 que se contabilizaban ya en los meses de enero a junio del año 2006, o incluso —véase nuevamente la Tabla 1— el notable repunte de estos mismos datos para el año 2005 —en el que el número de accidentes se habría incrementado nuevamente hasta los 242.068— y en los siete primeros meses del año 2006 —que mostrarían un incremento de más de nueve mil accidentes sobre los datos del mismo periodo de tiempo del año 2005—.

TABLA 1
ACCIDENTES EN JORNADA DE TRABAJO
CON BAJA SEGÚN SECTOR DE ACTIVIDAD

AÑOS	AGRARIO	Industria	Construcción	Servicios
1996.....	40.057	214.216	123.447	238.517
1997.....	44.575	226.142	137.068	268.859
1998.....	47.073	241.029	165.520	299.260
1999.....	47.152	265.054	207.673	347.893
2000.....	44.055	273.760	232.092	385.367
2001.....	41.084	268.537	243.841	405.031
2002.....	38.769	253.204	245.176	411.747
2003.....	33.911	234.851	231.801	399.174
2004.....	35.496	237.102	223.603	380.395
2005.....	35.229	239.759	242.068	389.780
2005 (ENE-JUL).	21.566	145.496	141.445	229.096
2006 (ENE-JUL).	20.597	147.195	150.880	237.948

Fuente: Boletín de Estadísticas Laborales, septiembre 2006

¹ Más en general, sobre la concentración del riesgo en algunas actividades económicas véase el conocido «Informe Durán» *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, Presidencia del Gobierno, Madrid, 2001, pág. 35 y ss., y 134 y ss.

En cualquier caso, más allá de estos meros datos cuantitativos —distorsionados inevitablemente por el distinto volumen de población ocupada a lo largo de estos últimos años en cada rama de actividad— seguramente lo más preocupante en relación con la siniestralidad en este concreto sector sea, en primer lugar, el mayor índice gravedad² que como media presentan los siniestros en jornada y con baja acaecidos en la construcción —aunque como se aprecia en la Tabla 2 se haya producido una notable caída, al menos hasta el año 2004 (último del que tenemos datos definitivos)—; y, en segundo lugar, el hecho de que este sector presenta tradicionalmente —aunque nuevamente con una clara caída hasta el año 2004— unos índices de incidencia de accidentes en jornada de trabajo con baja³ —*vid.* Tabla 2— o mortales⁴ —*vid.* Gráfico 1—, o, por mencionar un último ejemplo, unos índices de frecuencia de accidentes en jornada de trabajo⁵ que duplican normalmente la media del conjunto de sectores productivos en nuestro país —Tabla 3—.

TABLA 2
ÍNDICE DE GRAVEDAD DE ACCIDENTES EN JORNADA DE TRABAJO
CON BAJA POR SECTOR DE ACTIVIDAD

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Agrario	0,42	0,43	0,44	0,47	0,42	0,39	0,38	0,35	0,37
No agrario	0,98	0,93	0,94	1,06	1,05	1,06	1,02	0,95	0,86
Industria	1,35	1,29	1,29	1,45	1,39	1,41	1,37	1,33	1,27
Construcción	2,27	2,09	2,14	2,36	2,29	2,27	2,18	2,01	1,70
Servicios	0,64	0,62	0,62	0,69	0,71	0,71	0,70	0,64	0,57
TOTAL	0,89	0,85	0,87	0,98	0,97	0,97	0,95	0,88	0,80

Fuente: Estadística de Accidentes de Trabajo. MTAS. Año 2004

² El índice de gravedad se calcula a estos efectos como la proporción de días no trabajados por 1.000 entre horas trabajadas

³ Este índice de incidencia se calcula multiplicando los accidentes por 100.000 y dividiéndolos por los afiliados a regímenes de la Seguridad Social con la contingencia de accidente de trabajo específicamente cubierta.

⁴ El índice de incidencia de accidentes mortales se calcula nuevamente multiplicando los accidentes (en este caso mortales en jornada de trabajo) por 100.000 y dividiéndolos por el número de afiliados a regímenes de la Seguridad Social con la contingencia de accidente de trabajo específicamente cubierta.

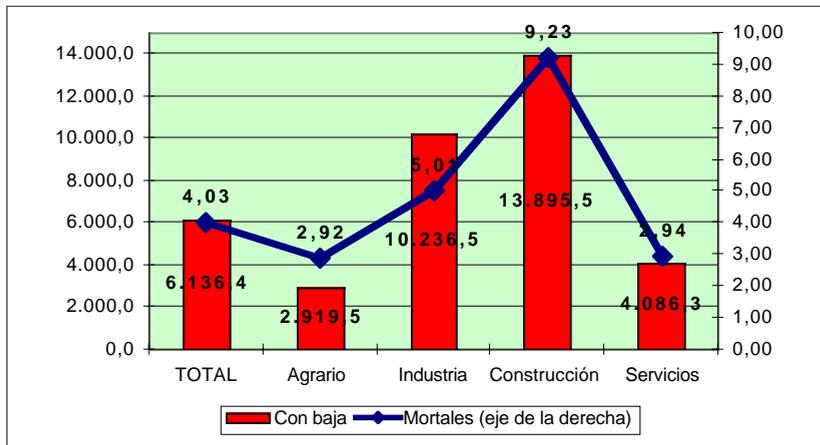
⁵ El índice de frecuencia se calcula multiplicando los accidentes (en este caso en jornada de trabajo con baja) por 1.000.000 y dividiéndolo entre las horas trabajadas.

TABLA 3
ÍNDICE DE FRECUENCIA DE ACCIDENTES EN JORNADA DE TRABAJO
CON BAJA POR SECTOR DE ACTIVIDAD (1996-2004)

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Agrario	14,3	16,5	17,0	17,0	15,9	14,6	14,0	13,1	13,6
No agrario	39,4	41,0	43,1	47,0	47,8	46,7	44,8	40,8	39,0
Industria	57,6	60,1	61,7	66,7	66,4	64,1	61,3	58,4	60,4
Construcción	90,2	91,4	97,5	104,7	105,4	102,7	97,4	86,6	78,9
Servicios	24,9	26,2	27,5	29,8	30,9	30,4	29,7	26,8	25,3
TOTAL	35,5	37,3	39,3	42,9	43,7	42,8	41,2	37,6	36,3

Fuente: Estadística de Accidentes de Trabajo. MTAS, Año 2004

GRÁFICO 1
ÍNDICE DE INCIDENCIA DE ACCIDENTES EN JORNADA DE TRABAJO CON
BAJA POR SECTOR, E ÍNDICE DE FRECUENCIA DE ACCIDENTES MORTALES
EN JORNADA DE TRABAJO POR SECTOR DE ACTIVIDAD (AÑO 2004)



Fuente: Estadística de Accidentes de Trabajo (Año 2004) y elaboración propia

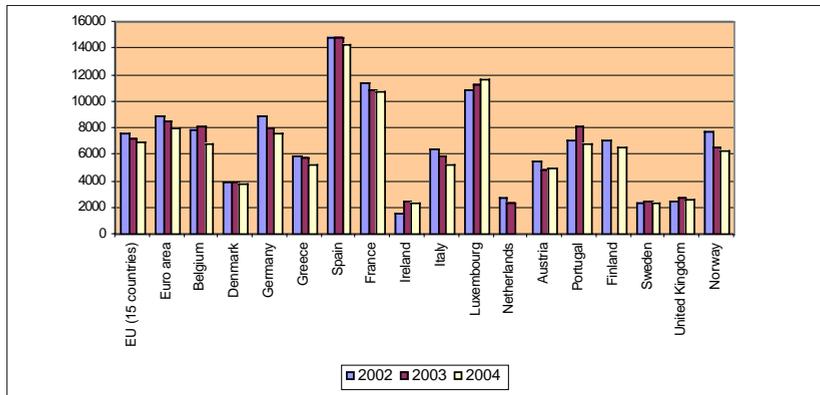
Ciertamente, podría sostenerse que nos encontramos ante un sector especialmente proclive, por la propia naturaleza de la actividad, a la siniestralidad laboral. Y de hecho, el estudio de algunos factores, por ejemplo en la V Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo, así parece demostrarlo⁶, al constatar como de los tres sectores estudiados, es la Construcción el que

⁶ Disponible en http://www.mtas.es/insht/statistics/enct_5.htm

presenta mayor porcentaje de trabajadores que indican algún riesgo de accidente (98,4%), seguido, a bastante distancia, de la Industria (86,6%) y, por último, de Servicios (66,8%). Y ello porque es este mismo sector de la Construcción el que presenta la mayor frecuencia de exposición a doce de los diecisiete riesgos estudiados en dicha encuesta ⁷.

Pero en cualquier caso estos datos no explicarían las razones por las que también en el contexto europeo, el sector de la construcción presenta en España índices y tasas extraordinariamente más altas que las de sus homólogos europeos. Baste en este sentido recordar como, de acuerdo con los datos del Eurostat ⁸, la tasa de incidencia de accidentes en el trabajo con una baja de más de tres días de duración por cada 100.000 personas ocupadas sería en el sector de la construcción española de 13.651 para el año 2003 —el último del que por ahora se tienen datos en el nivel europeo—, lo que supondría duplicar los 6.492 que como media presentaban los EU-15. Y es que, en realidad, y como se aprecia en el Gráfico núm. 2, sólo Luxemburgo o Francia presentarían cotas similares, aunque muy por debajo de la media española.

GRÁFICO 2
TASA DE INCIDENCIA DE ACCIDENTES CON UNA BAJA DE MÁS DE TRES
DÍAS DE DURACIÓN POR CADA 100.000 OCUPADOS (2002-2004)



Fuente: EUROSTAT y elaboración propia.

⁷ Esto es, caídas de personas desde altura; caídas de personas al mismo nivel; caídas de objetos, materiales o herramientas; desplomes o derrumbamientos; cortes y pinchazos; golpes; accidentes de tráfico durante la jornada de trabajo; atropellos, vuelcos o golpes con vehículos en el centro de trabajo; proyección de fragmentos o partículas; atrapamientos; sobreesfuerzos por manipulación manual de cargas pesadas y contactos eléctricos. Véase el contenido del mencionado estudio en la página web http://www.mtas.es/insht/statistics/5enct_cs.htm

⁸ Puede consultarse en http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page?_pageid=1996,39140985&_dad=portal&_schema=PORTAL&screen=detailref&language=en&product=Yearlies_new_population&root=Yearlies_new_population/C/C2/C24/cbb25360



Pues bien, aunque las causas de esta situación han sido objeto de diversos debates y opiniones contrapuestas⁹, seguramente podríamos concluir señalando que la misma no parece responder, casi con total seguridad, a una única causa o motivo. Más bien nos encontraríamos ante la consecuencia directa o indirecta de la actuación sinérgica de un conjunto de factores que se presentan con especial incidencia en este sector de nuestro tejido productivo.

Intentando sintetizar los mismos, y dejando a un lado los posibles incumplimientos de la normativa legal¹⁰, frente a los cuales tan sólo cabría —al menos a mi juicio— fomentar las ya existentes campañas de la Inspección de Trabajo, lo cierto es que una de las primeras causas que han sido señaladas, fundamentalmente por parte sindical, se centra en el crecimiento exponencial del riesgo —y por tanto, de la frecuencia e intensidad con la que éste se actualiza— motivado por la excesiva amplitud, el número excesivamente elevado de eslabones que, con cada vez mayor frecuencia, componen estas *cadena de subcontratación* en el sector de la construcción¹¹. Lejos de una subcontratación de segundo o incluso tercer nivel, es cada vez más frecuente encontrar en nuestras obras cadenas de innumerables empresas que concluyen, en muchas ocasiones, con meros autónomos, ya sea prototipos de los que se ha venido en llamar autónomos económicamente dependiente¹², o simples casos de encubrimiento de una evidente relación la-

⁹ Algunas de estas opiniones contrapuestas de los distintos agentes que intervienen en este específico sector pueden consultarse, por ejemplo, en el artículo «La situación de la Seguridad en la Construcción: ¿por dónde avanzar?», en la *Revista del INSHT*, 2004, núm. 32, pág. 25 a 30, disponible también en Internet en http://empleo.mtas.es/insht/revista/A_32_OP.htm

¹⁰ Como hace poco recordaba el propio editorial de ERGA 2004, núm. 85, «la V Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo aportaba algunos datos reveladores: en el 25% de las obras no existe un mecanismo preventivo fundamental y obligatorio: el libro de incidencias. Si bien este incumplimiento es mayor en las pequeñas obras, el 8% de aquellas cuyo volumen se sitúa entre 200 y 500 millones de las antiguas pesetas, carecen de él. Y cuando existe, lo habitual (66% de los casos) es que no conste ninguna anotación. Si a ello se añade que en aproximadamente un tercio de las obras de menos de 50 trabajadores no existe nadie encargado de la actuación preventiva», se comprenderá el nivel de incumplimiento en este campo. Véase el texto de esta publicación en http://www.mtas.es/insht/erga_not/ErNOT85_04.pdf. No obstante sí parece apreciarse una notable mejoría en el grado de implementación de esta normativa. En general, en el año 2003 «sólo» en el 14% de los centros los responsables indicaban que no habían realizado, en los dos últimos años, ninguna de las actividades preventivas propuestas, mientras que el mismo porcentaje se elevaba al 25% en 1999. Más información, pormenorizada por actividades preventivas en http://www.mtas.es/insht/statistics/5enct_ap.htm.

¹¹ Algunos datos proporcionados por organizaciones empresariales sobre la subcontratación en la construcción en los distintos países europeos en «FIEC survey on the main aspects of sub-contracting», Bruselas, 10/10/2002.

¹² De hecho, y según los datos de la EPA para el segundo trimestre de 2006, en la construcción habría 269.300 empresarios sin asalariados o trabajadores independientes, lo que supone un 10,7% de los de 2.521.700 ocupados de este sector. Sobre esta figura véase F.J. CAL-

boral¹³. Si en general todo proceso de coordinación de actividades supone ya de por sí un incremento de riesgos — como se intuye de la propia existencia del art. 24 LPRL¹⁴—, este mismo riesgo se incrementa inevitablemente en la medida en la que se amplía y se desciende en los eslabones de esta excesivamente amplia cadena de subcontrataciones. Y ello no sólo por esta dificultad de coordinación de actividades desarrolladas normalmente en un mismo lugar o centro de trabajo, sino también por la presión económica que para los niveles inferiores generan inevitablemente todos estos procesos¹⁵.

Consecuencia también de esta profunda evolución en la organización productiva es, como ya hemos señalado, la frecuente o casi generalizada aparición, sobre todo en estos últimos eslabones, de *pequeñas o casi mínimas organizaciones «empresariales»*¹⁶. Unas organizaciones estas en las que el

VO GALLEGO, «Los Trabajadores Autónomos Dependientes: una primera aproximación», en *Temas Laborales*, Monográfico sobre el Trabajo Autónomo, 2005, núm. 81, pág. 41 y ss. Un ejemplo de este tipo de actividad en la jurisprudencia podría encontrarse, por mencionar tan sólo una, en la STSJ Cataluña núm. 4176/2004 (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 26 mayo (AS 2004\2157). Otro supuesto de autónomos en la construcción en TSJ Castilla-La Mancha núm. 582/2004 (Sala de lo Social, Sección 1.ª), (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 14 abril (JUR 2004\152768).

¹³ Un ejemplo ya clásico de esta ocultación en la STS (Sala de lo Social) de 11 febrero 1986 (RJ 1986\740). Más recientemente puede consultarse, por todas, STSJ Asturias núm. 3017/2004 (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 22 octubre (JUR 2005\119096)

¹⁴ Por todos, M. MIÑARRO YANINI, *La prevención de riesgos laborales en la contratación temporal, empresas de trabajo temporal y contratas y subcontratas*, INSHT, 2002; FJ. CALVO GALLEGO, «Obligaciones y responsabilidades en los supuestos de descentralización productiva. Especial referencia contratas, subcontratas y empresas de trabajo temporal», en AAVV., *Siniestralidad laboral y Derecho Penal*, (dir. R. SÁEZ VARCÁRCCEL), *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, núm. 25, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, pág. 139 y ss. a donde se remite para una mayor información bibliográfica.

¹⁵ A pesar, obviamente, de normas como el art. 7 del RD 1627/1997 de acuerdo con el cual, las propuestas de medidas alternativas de prevención que el contratista proponga con la correspondiente justificación técnica, no podrán implicar disminución de los niveles de protección previstos en el estudio o estudio básico.

¹⁶ De acuerdo con los datos proporcionados el Directorio Central de Empresas (DIRCE), disponible en el INEbase, a enero del año 2006, en el conjunto del Estado Español existían 448.446 empresas englobadas en la actividad de construcción (CNAE 45), de las cuales 245.558 lo serían en la Construcción general de inmuebles y obras, 91.936 en instalaciones de edificios y obras y 103.708 en Acabado de edificios y obras —los restantes grupos de CNAE presentan menor interés a estos efectos). Al menos 207.131 de estas empresas dedicadas a cualquier actividad de construcción —el 46,2%—, no disponían de ningún asalariado; 111.755 de 1 a 2 trabajadores —el 24,9% del total— ; 57.640 de 3 a 5 asalariados —el 12,9% nuevamente del total de empresas de construcción— y 29.535 —el 6,6%—, de 6 a 9 trabajadores. La presencia de empresas sin trabajadores es especialmente alta entre las empresas de acabado de edificios

desarrollo adecuado de la actividad preventiva se ve dificultado, bien sea por la ausencia de una auténtica autonomía organizativa o de un palpable ejercicio del poder de dirección —en supuestos que frisan o, simplemente, incurren en claras cesiones ilegales de trabajadores—, ya sea por la ausencia de medios materiales o de formación en materia preventiva. De ahí que si en general los accidentes suelen ocurrir en mayor número en las pequeñas empresas —como se observa claramente en la Tabla 4—¹⁷ esta peculiar relación se vuelve aún más intensa en la construcción.

y obras (CNAE 454) en las que representan el 55% de su subtotal. En cambio, la mayor frecuencia de empresas de entre 1 a 2 trabajadores se daba en las empresas de Preparación de obra (CNAE 451) en las que esta dimensión de empresa abarcaba el 36,1% de su subtotal. En cualquier caso, repárese que si agregamos todas las empresas de construcción (CNAE-45) y las comparamos con el conjunto del tejido productivo del Estado, los porcentajes por dimensión de empresa según estrato de asalariados son más bajos en la construcción hasta la horquilla de tres a cinco asalariados.

Tabla s.n.: Empresas por estrato de asalariados, total grupos CNAE y Construcción (1 de enero de 2006)

	Total	Sin Asalari.	%	De 1 a 2 asal.	%	De 3 a 5 Asal.	%	De 6 a 9 Asal.	%	De 10 a 19 Asal.	%
Total grupos CNAE93	3174393	1616883	50,9%	881748	27,8%	328820	10,4%	154635	4,9%	105470	3,3%
45 Construcción	448446	207131	46,2%	111755	24,9%	57640	12,9%	29535	6,6%	24086	5,4%
451 Preparación de obras	6692	1515	22,6%	2419	36,1%	1079	16,1%	598	8,9%	560	8,4%
452 Construcción de inmuebles e ingeniería civil	245558	106972	43,6%	56835	23,1%	34556	14,1%	18566	7,6%	15624	6,4%
453 Instalaciones de edificios obras	91936	41426	45,1%	24694	26,9%	11668	12,7%	6143	6,7%	4911	5,3%
454 Acabado de edificios y obras	103708	57072	55,0%	27674	26,7%	10265	9,9%	4168	4,0%	2934	2,8%
455 Alquiler de equipo ...	552	146	26,4%	133	24,1%	72	13,0%	60	10,9%	57	10,3%

Fuente: DIRCE (INE) y elaboración propia

¹⁷ De forma más general, puede analizarse la relación entre dimensión de la empresa y siniestralidad en F. DURÁN *Informe sobre riesgos laborales...*, cit., pág. 146 y ss.

TABLA 4
ACCIDENTES CON BAJA EN JORNADA DE TRABAJO, SEGÚN TAMAÑO
DEL CENTRO DEL TRABAJADOR, POR SECTOR DE ACTIVIDAD (2004)

	Total	De 1 a 9 trabajad.	De 10 a 25 trabajad.	De 26 a 49 trabajad.	De 50 a 99 trabajad.	De 100 a 249 trabajad.	De 250 a 499 trabajad.	De 500 a 1000 trabajad.	Más de 1000 trabajad.	No consta
Agrario	35.024	11.548	6.901	3.202	3.108	3.734	1.707	1.731	287	2.806
No agrario	836.700	189.286	182.696	124.503	103.503	98.903	50.949	31.504	39.385	15.971
Industria	244.740	38.225	49.091	40.805	35.719	38.281	20.004	11.325	6.785	4.505
Construcción	224.083	74.630	66.713	34.845	25.156	14.378	3.625	969	509	3.258
Servicios	367.877	76.431	66.892	48.853	42.628	46.244	27.320	19.210	32.091	8.208
TOTAL	871.724	200.834	189.597	127.705	106.611	102.637	52.656	33.235	39.672	18.777

Fuente: Estadística de Accidentes de Trabajo. MTAS, Año 2004

Baste señalar en este sentido —*vid.* Tabla 5— que si en general en la Industria o en Servicios el porcentaje de accidentes ocurridos en empresas de hasta veinticinco trabajadores se situó en el año 2004 en un 35,7% y en un 39% respectivamente, este mismo porcentaje se elevó en el caso de la Construcción hasta el 63,1%

TABLA 5
ACCIDENTES CON BAJA EN JORNADA DE TRABAJO, SEGÚN TAMAÑO
DEL CENTRO DE TRABAJO, POR SECTOR. TOTAL Y EMPRESAS
DE MENOS DE 25 TRABAJADORES. PORCENTAJES

	Total	De 1 a 9 trabajad.	% sobre Total	De 10 a 25 trabajad.	Total de hasta 25 trabajad.	% Sobre Total
Agrario	35.024	11.548	33,0%	6.901	18.449	52,7%
No agrario	836.700	189.286	22,6%	182.696	371.982	44,5%
Industria	244.740	38.225	15,6%	49.091	87.316	35,7%
Construcción	224.083	74.630	33,3%	66.713	141.343	63,1%
Servicios	367.877	76.431	20,8%	66.892	143.323	39,0%
TOTAL	871.724	200.834	23,0%	189.597	390.431	44,8%

Fuente: Estadística de Accidentes de Trabajo. MTAS, Año 2004 y elaboración propia

Ciertamente podría pensarse que esta distribución en valores absolutos del número de accidentes podría ser tan sólo la simple consecuencia de la mayor concentración de efectivos laborales en pequeñas empresas que se da, de forma prototípica, en la construcción. Pero con todo, si relacionamos

este tipo de accidentes en función del tamaño del centro con los efectivos laborales, por sector de actividad que nos proporciona para el mismo año 2004 la Encuesta de Coyuntura Laboral¹⁸ se observa —*vid.* Tabla 6— que las diferencias de ratio, aunque siempre presentes, son especialmente llamativas en el caso de las empresas de hasta 50 trabajadores en el sector de la construcción. Así, frente a una ratio de accidentes por cada 1000 efectivos del 65,1 en empresas de construcción de más de 250 trabajadores —más baja, incluso, que en el sector industrial (67,1)—, en las empresas de 1 a 10 trabajadores del sector de la construcción se observan ratios de 142,2 o incluso del 157,3 en empresas de 11 a 50 trabajadores, bastante más altas que las de servicios e incluso que las de industria.

TABLA 6
RATIO DE ACCIDENTES CON BAJA EN JORNADA DE TRABAJO POR CADA
1000 EFECTIVOS SEGÚN SECTOR Y DIMENSIÓN DEL CENTRO (AÑO 2004)

Accidentes con baja	Total	De 1 a 9 trabajad.	De 10 a 49 trabajad.	De 50 a 249 trabajad.	Más de 250 trabajad.
• Industria	244.740	38.225	89.896	74.000	38.114
• Construcción	224.083	74.630	101.558	39.534	5.103
• Servicios	367.877	76.431	115.745	88.872	78.621
Efectivos laborales (en miles)	Total	De 1 a 10 trabajad.	De 11 a 50 trabajad.	De 51 a 250 trabajad.	Más de 250 trabajad.
• Industria	2.388,10	395,4	768,4	656,6	567,7
• Construcción	1.575,50	524,9	645,6	326,7	78,4
• Servicios	7.772,50	2.239,60	1.909,10	1.522,10	2.101,80
Ratio Accidentes/ por cada 1000 trabajadores	Total				
• Industria	102,5	96,7	117,0	112,7	67,1
• Construcción	142,2	142,2	157,3	121,0	65,1
• Servicios	47,3	34,1	60,6	58,4	37,4

Fuente: Estadística de Accidentes de Trabajo, Encuesta de Coyuntura Laboral y elaboración propia

¹⁸ Dadas las diferentes horquillas que proporcionan la Estadística de Accidentes de Trabajo y la Encuesta de Coyuntura Laboral hemos tenido que relacionar los accidentes con baja en jornada de trabajo en centros de 1 a 9 trabajadores, de 10 a 49 trabajadores y de 50 a 249 trabajadores con los efectivos laborales por sector y tamaño del centro proporcionados por la ECL que siendo parecidos o muy similares no son idénticos —de 1 a 10 trabajadores, de 11 a 50 trabajadores, de 51 a 250 trabajadores—. Sin embargo, la escasa diferencia no impide, al menos a nuestro juicio, que los resultados indiquen una pauta clara en este punto.

Sea como fuere, una tercera causa que suele señalarse a la hora de justificar esta tasa de siniestralidad tradicionalmente elevada presente en la construcción se centra, como no podía ser menos, en la *altísima tasa de temporalidad* presente en el sector de la construcción. Y es que, de hecho, según los últimos datos de la EPA disponibles en el momento de cerrar estas líneas, y referidos al segundo trimestre del año 2006, de los 2.006.300 asalariados que trabajarían en el sector de la construcción, 1.140.400 lo harían con contrato temporal, lo que supone un 56,8%. Muy por encima, por tanto, de una media ya alta y que se sitúa en el 34,4% para el conjunto del Estado¹⁹. Y es más, tampoco cabe olvidar que esta cifra se incrementa incluso si nos centramos exclusivamente en las propias obras, donde los trabajadores indefinidos prácticamente han desaparecido, llegándose a tasas de temporalidad que según fuentes sindicales podrían alcanzar en muchos casos el 90%.

Pues bien, este dato es importante, porque, con independencia de la discutida existencia o no de un nexo o relación entre temporalidad y siniestralidad, los datos estadísticos nos demuestran —*vid.* Tabla 7— que tan sólo el 18,4% de los accidentes de trabajo en la construcción lo sufren los trabajadores indefinidos, mientras que este porcentaje se eleva al 81,6% en el caso de los empleados temporales. Si comprobamos la distribución porcentual entre uno y otro colectivo señalada anteriormente la conclusión parece obvia; esto es, la existencia de una cierta relación o conexión entre el tipo de contrato por su duración y el porcentaje de probabilidad de sufrir un accidente²⁰.

¹⁹ Sobre estos aspectos es de interés el estudio sobre «Empleo y relaciones laborales en el sector de la construcción» en *Observatorio de Relaciones Industriales*, CES, 2005, núm. 84.

²⁰ Véase, por ejemplo, el documento de UGT *Evolución de la Siniestralidad en España 1996-2004*, de 28 de abril de 2006, pág. 6 y ss., disponible en <http://www.ugt.es/informes/evolucionsiniestralidad1996-2004.pdf>. Un muy interesante estudio, alcanzando estas mismas conclusiones e intentando dar unas causas económicas, en M. GUADALUPE, «The hidden cost of fixed term contracts: the impact on work accident», en *Labour Economics*, 2003, núm. 10, pág. 339 y ss., en especial, pág. 335. Véase, no obstante, AA.VV. *El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico*, (dir. L. TOHARIA) MTAS, 2005, pág. 144 y siguientes, en el que se bien se reconoce que controlando otro tipo de variables, «se mantiene la presencia de un efecto específico del tipo de contrato sobre la siniestralidad laboral, de modo que el trabajador con contrato temporal tiene una probabilidad mayor de sufrir un accidente laboral», también se destaca que restringiendo la muestra de asalariados a aquellos con menos de tres años de antigüedad, «el tipo de contrato deja de ser una variable relevante a la hora de explicar la siniestralidad laboral». Sobre el tema igualmente F. DURÁN *Informe sobre riesgos laborales...*, cit., pág. 42 y ss., 63 y ss. y 158 y ss.

TABLA 7
ACCIDENTES CON BAJA EN JORNADA DE TRABAJO, SEGÚN DURACIÓN
DEL CONTRATO, POR SECTOR DE ACTIVIDAD (2004)

	CONTRATOS INDEFINIDOS					CONTRATOS TEMPORALES			No clasificables
	Total	Total	A tiempo completo	A tiempo parcial	Fijo discontinuo	Total	A tiempo completo	A tiempo parcial	
Agrario	35.024	14.874	11.154	160	3.560	19.364	18.817	547	786
No agrario	836.700	395.615	362.922	21.544	11.149	439.649	405.982	33.667	1.436
Industria	244.740	145.757	140.338	2.103	3.316	98.719	95.071	3.648	264
Construcción	224.083	41.058	40.287	575	196	182.627	180.047	2.580	398
Servicios	367.877	208.800	182.297	18.866	7.637	158.303	130.864	27.439	774
TOTAL	871.724	410.489	374.076	21.704	14.709	459.013	424.799	34.214	2.222

Fuente: Estadística de Accidentes de Trabajo. MTAS. Año 2004

En cualquier caso, de lo que tampoco cabe duda alguna es de que en este campo, como en general en la mayor parte de sectores de la producción, no es sólo la temporalidad la condicionante de la siniestralidad. Como se observa en la Tabla 8, la cuantía de los accidentes y su proporción suele ser especialmente alta en aquellos trabajadores con una *antigüedad muy baja*, situación ésta que se presenta especialmente en aquellos casos de contratos temporales de muy escasa duración. De ahí que la mayor duración de los mismos y, por consiguiente, la mayor antigüedad del trabajador con una menor rotación parecería poder reducir igualmente sus índices de siniestralidad, incluso aunque se tratase de contratos temporales²¹.

TABLA 8
ACCIDENTES CON BAJA EN JORNADA DE TRABAJO, SEGÚN ANTIGÜEDAD
EN EL PUESTO DE TRABAJO, POR SECTOR. AÑO 2004

	Total	Hasta 1 mes	Entre 1 y 2 meses	Entre 3 y 4 meses	Entre 5 y 7 meses	Entre 8 y 12 meses	Entre 1 y 3 años	Entre 3 y 10 años	10 años o más
• Agrario	35.024	6.273	7.381	3.843	2.915	2.246	4.493	7.508	365
• No agrario	836.700	61.219	181.212	78.646	71.828	70.782	146.580	210.160	16.273
• Industria	244.740	12.808	53.233	17.509	16.332	17.408	41.329	78.363	7.758
• Construcción	224.083	24.543	54.711	29.745	26.472	24.751	38.039	24.593	1.229
• Servicios	367.877	23.868	73.268	31.392	29.024	28.623	67.212	107.204	7.286
• TOTAL	871.724	67.492	188.593	82.489	74.743	73.028	151.073	217.668	16.638

Fuente: Estadística de Accidentes de Trabajo. MTAS, Año 2004

²¹ Véase, no obstante, la mayor cautela sugerida en este punto por F. DURÁN *Informe sobre riesgos laborales...*, cit., pág. 161 y ss.

Y todo ello por no hablar, en último término, de la especialmente *alta tasa de asalariados inmigrantes* que trabajan en este sector de la construcción, en donde el índice de siniestralidad mortal suele ser más alto²²; o, por mencionar una última y posible razón, la *alta tasa de economía y empleo sumergido* presente en este sector de actividad²³, y que desde luego dificulta la correcta gestión preventiva.

En definitiva, un importante, variado y a veces discutido —tanto en su composición como en su trascendencia relativa— cuadro de posibles causas que no dejó inalterado, ni a nuestros Poderes Públicos, ni a los propios agentes sociales.

1.2. Los orígenes de la actual Ley

En este contexto no debe extrañarnos que el problema de la seguridad y salud —ligado normalmente a la excesiva descentralización en este concreto sector de actividad— fuera objeto de diversas iniciativas de grupos parlamentarios y de los propios interlocutores sociales; unas iniciativas que, en último término, han dado lugar a lo que hoy es la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (LSC en adelante).

Dejando a un lado, al menos por el momento, la importante labor desarrollada por el Grupo de Trabajo sobre el sector de la Construcción creada en el seno de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo²⁴,

²² Según los datos de la EPA para el segundo trimestre del 2006 de los 2.521.700 ocupados en el sector de la construcción en España, 510.800 serían extranjeros, lo que supone un 20,3% del total; un porcentaje éste que casi duplica la media —un 12,3%— y que resulta más alto que los correspondientes a Industria —8,6%—, servicios —11,4%— y agricultura —16,7%—. Por otra parte, un reciente estudio del INSHT señalaba que la población extranjera presenta un índice de siniestralidad (6.822) mayor que el total nacional (6.108) especialmente en los mortales, donde el índice de siniestralidad se sitúa más de dos puntos por encima (8,6 frente a 6,3). Sin embargo, es llamativo que el índice en la construcción es inferior en los extranjeros, salvo en los mortales. En cambio, la mayor singularidad se refleja en la industria, donde el índice de siniestralidad de los trabajadores foráneos es casi un 50% mayor (15.009 el índice para extranjeros frente al 10.174 de índice nacional). Más información en <http://www.tt.mtas.es/periodico/Laboral/200609/LAB20060915.htm>

²³ Algunos datos sobre este tema, especialmente relacionados con la Comunidad Autónoma Andaluza pueden obtenerse en AAVV. *La economía sumergida en Andalucía*, CES, Junta de Andalucía, págs. 38, 72 y 73 especialmente.

²⁴ Este grupo fue creado por mandato de la Comisión en su sesión plenaria de 29 de octubre de 1988, se constituyó el 16 de febrero de 1999, y entre sus resultados más importantes destacan unos interesantes «Criterios para la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales en el sector de la Construcción» publicados en el año 2001; un informe de

o, sobre todo, la progresiva importancia que algunos de estos aspectos han tenido en el proceso de negociación colectiva sectorial estatal —tema éste sobre el que volveremos puntualmente a lo largo de los distintos apartados de este trabajo en la medida en la que, como veremos, la LSC ha venido a recoger o dar pie legal a muchas o a buena parte de estas medidas— de lo que no cabe duda es de que con esta LSC se pone fin, al menos por el momento, a una larga lucha sindical. Una lucha sindical destinada, en esencia, a poner coto mediante medidas legislativas a las consecuencias negativas, sobre todo en lo relativo a la prevención de riesgos laborales, que en el sector de la construcción ha tenido el desarrollo exponencial de este fenómeno de la subcontratación.

Pues bien, desde esta perspectiva, la primera manifestación de dicha actividad puede encontrarse, seguramente, en la Proposición de Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, presentada el 30 de julio de 1998 por la Federación Estatal de Construcción, Madera y Afines (FECOMA) de Comisiones Obreras²⁵. Se trataba de una norma extraordinariamente amplia y compleja, muchos de cuyos aspectos se analizarán a lo largo del presente trabajo, y que, sin embargo, fue rechazada por el Congreso de los Diputados el 21 de noviembre de 2000²⁶.

Aún así, la actuación sindical permitió que esta primera propuesta fuera seguida o, mejor, continuada, por otras dos Proposiciones de Ley, extraordinariamente similares —por no decir idénticas a las anteriores— que, sobre esta misma materia, fueron presentadas por el Grupo Mixto el 18 de diciembre de 2000²⁷, y por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda el 6 de marzo de 2001²⁸, si bien ambas Proposiciones sufrieron la misma suerte que la anterior, siendo rechazadas por el Pleno del Congreso el 15 de junio de 2001²⁹.

Finalmente, los impulsores de esta normativa tuvieron que esperar a la octava legislatura para que, ahora sí, una nueva Proposición de Ley presentada formalmente por Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, —nuevamente extraordinariamente similar, si no idéntica a las

adecuación de la misma a la Guía Técnica de Seguridad y Salud en obras de construcción; y una importante actividad en el campo de orientación de la actividad formativa en relación con lo dispuesto en el Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción. Más información en www.empleo.mtas.es/insh/cnsst/grupos.htm

²⁵ BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-337-1 de 23/12/1999, pág. 1.

²⁶ BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-4-2 de 29/11/2000, pág. 9.

²⁷ Su texto en BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-96-1 de 22/12/2000.

²⁸ Su texto en BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-119-1 de 16/03/2001, pág. 1.

²⁹ El rechazo de la primera en BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-96-2 de 15/06/2001, pág. 9. El de la segunda en BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-119-2 de 15/06/2001, pág. 9.

anteriores— fuera admitida a trámite. Y si bien sometida a muy importantes cambios —en los que quizás influyó el coetáneo proceso de diálogo entre los interlocutores sociales desarrollado desde su toma en consideración hasta su aprobación³⁰—, lo cierto es que la misma acabó siendo aprobada definitivamente por el Congreso —sin aceptar, salvo elementos de detalle, las modificaciones introducidas por el Senado³¹— el 28 de septiembre de 2006, impulsada y sacada seguramente de su anterior ostracismo por un desgraciado y conocido accidente ocurrido en la construcción de la Autovía del Mediterráneo en noviembre de 2005 y en el que fallecieron seis personas.

2. OBJETO, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES DE LA LEY 32/2006

2.1. Objetivo de la ley: la descentralización productiva vista, básicamente, desde la óptica de la prevención

En su versión definitiva, el art. 1 de la Ley 32/2006 de 18 de octubre (LSC en adelante) señala expresamente como objeto u objetivo de la misma «mejorar las condiciones de trabajo del sector, en general, y las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores del mismo, en particular».

Se trata, por tanto de una norma eminentemente laboral —aunque la DF 1.ª LSC incardine su título competencial tanto en el art. 149.7 CE como en el art. 149.1.18 CE otorgándole, además, carácter básico a estos efectos³²— destinada, como veremos, a atajar algunas de las consecuencias más negativas que sobre la situación sociolaboral de los trabajadores de la cons-

³⁰ Menciones o referencias a este proceso de diálogo, en aquel momento al parecer inconcluso, pueden encontrarse en la intervención del Sr. Diputado Azpiroz Villar en el debate de totalidad de esta Proposición de Ley —DS. Congreso de los Diputados Núm. 138 de 15/12/2005, pág. 7002—. En general, del resultado final de la votación y de conversaciones con los agentes sociales implicados parece deducirse que, al menos para algunos de ellos, existió finalmente un cierto «consenso implícito» —que no explícito—, sobre el texto definitivo de la Ley, actuando en ocasiones los diversos Grupos Parlamentarios como correas de transmisión de las sucesivas propuestas o acuerdos de los interlocutores sociales.

³¹ Vid. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-37 de 27/09/2006, pág. 147

³² En la DF 2.ª del texto inicial de la Proposición de Ley se mencionaba igualmente este título competencial del art. 149.1.18 CE, pero en relación exclusivamente con el capítulo III, dedicado a las «Normas para acceder a la subcontratación en el Sector Público». En este capítulo se abordaban básicamente cuestiones relativas a la subcontratación en obras sujetas a Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Desde esta perspectiva sí tenía sentido la aparición de dicho título competencial. Pero obsérvese que, como veremos, esta distinta regulación entre subcontratación en el sector público y privado, presente en el texto inicial de la Proposición de Ley, ha desaparecido del texto final. Y sin embargo, lo que sí ha permanecido es el mencionado título competencial.



trucción ha tenido el progresivo e imparable proceso de descentralización productiva. Y ello porque si como se ha dicho plásticamente, este proceso ha producido un notable desorden en conceptos e instituciones básicas del ordenamiento social³³, este desorden se ha hecho especialmente intenso y, si se nos permite, perverso, en el sector de la construcción.

Pero, en cualquier caso, es conveniente destacar como esta aproximación se hace, fundamentalmente desde la óptica preventiva. Es más incluso cuando se establecen normas claramente laborales sobre, por ejemplo, una plantilla mínima estable en estas empresas, o se regula sobre la forma de contratación temporal en el sector, se busca expresa o implícitamente una conexión con la reducción de siniestralidad. De ahí que, salvo algunos aspectos puntuales, casi todos los tipos infractores se incluyan en la Sección 2 del Capítulo II de la LISOS, dedicado expresamente a la prevención de riesgos laborales. Y de ahí que nos encontremos, básicamente, ante una norma preventiva para un sector específico como es la construcción.

Desde esta perspectiva, la LSC viene así a incorporarse a un cada vez más amplio y abigarrado conjunto de normas que regulan la prevención en el campo de la construcción; un conjunto formado no sólo por normas generales como la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995 de 8 de noviembre, o el RD 171/2004, de 30 de enero, sobre coordinación de actividades empresariales³⁴, sino también por normas específicas y sin duda fundamentales como el RD 1627/1997 de 24 de octubre, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, o la propia negociación colectiva en este sector que ha de considerarse, a estos efectos, como normativa de seguridad y salud laboral³⁵. Y todo ello, claro está, sin olvidar la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999 de 5 de noviembre, otras normas sectoriales de interés³⁶, o la Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la construcción³⁷ que, elaborada en virtud de la DF 1 del RD 1627/1997, tiene un muy importante valor interpretativo, a pesar de carecer expresa, o al menos formalmente, de valor vinculante para nuestros Tribunales.

³³ Vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, «Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo», en *Relaciones Laborales*, 2001, t/II, pág. 79 y ss.

³⁴ Véase la DA Primera del mencionado RD en el que se establece expresamente su aplicación a las obras incluidas en el RD 1627/1997, de 24 de octubre con algunas aclaraciones incorporadas a la misma norma.

³⁵ Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción 2002-2006, BOE 10 de agosto de 2002, núm. 191, pág. 29819 y ss.

³⁶ Como la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, la Ley 21/1992, de Industria, la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones o la Ley 27/1992, de 24 de noviembre de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

³⁷ Disponible en http://www.mtas.es/insht/practice/G_obras.htm

Con estos antecedentes, se comprenderá fácilmente como en gran parte, tanto el art. 2 LSC relativo al ámbito de aplicación, como el art. 3 LSC, destinado a definir algunos de los conceptos manejados en la misma Ley, sean claros deudores, o al menos estén notablemente inspirados en normas similares del RD 1627/1997. Y sin embargo, ello no significa que estén exentos de generar algunas dudas. Vayamos, pues, por partes.

2.2. **Ámbito de aplicación**

Por lo que se refiere a su ámbito de aplicación, el art. 2 LSC parece establecer, al menos en su texto final —procedente de la enmienda núm. 116 presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Socialista³⁸—, tres requisitos acumulativos necesarios para la aplicación del conjunto de normas que componen la Ley:

- el primero la presencia de un contrato que se celebre en régimen de subcontratación;
- el segundo, que este contrato se celebre para la realización de una serie de trabajos especificados en el art. 2 LSC
- y el tercero, el que dichas tareas sean realizadas en obras de construcción.

Comenzando por esto último, el art. 3.1 LSC define estas obras de construcción —obsérvese, sin distinguir según requieran o no proyecto— como cualquier obra pública o privada en la que se efectúen trabajos de construcción o de ingeniería civil. Pero a continuación —y a diferencia del art. 2.1. RD 1627/1997 donde sin duda se ha «inspirado el precepto»— se abstiene de definir que se entiende por construcción o ingeniería civil. A nuestro juicio, un intento de dar una cierta sistematicidad a este amplio conjunto de normas recomendaría, al menos como regla general, acoger el mismo criterio establecido en la Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las obras de construcción antes mencionado en relación con el ya citado precepto del RD 1627/1997. Y así, identificaríamos a estos trabajos de construcción o ingeniería civil con los desarrollados con carácter temporal y que pudieran incluirse en el Anexo I del RD 1627/1997 o en el apartado 45 de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE-93)³⁹, siempre, claro está, que estén referidas a trabajos intrínseca-

³⁸ BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-34 de 23 de diciembre de 2005, pág. 111.

³⁹ RD 1560/1992, de 18 de diciembre, BOE núm. 306, de 22 de diciembre. Simplificando podrían señalarse que quedarían incluidas dentro del epígrafe F, FF, 45 Construcción, las siguientes actividades —siempre según esta clasificación nacional—: preparación de obras, demolición y movimiento de tierras, demolición y excavaciones, grandes movimientos de tie-



mente asociados a actividades de construcción y se ejecuten con tecnología propias de este tipo de industrias.

En este caso, quizás el único problema provenga de que la LSC no contempla, a diferencia de lo que ocurre con su norma inspiradora, al menos en este punto, el RD 1627/1997, una expresa exclusión de las industrias extractivas a cielo abierto o subterráneo o por sondeos, que, en cambio, sí quedan exceptuados del RD 1627/1997 y remitidos a su normativa específica⁴⁰. Este silencio del legislador, unido a que algunas de estas actividades —fundamentalmente ciertas canteras— sí podrían quedar incluidas en el omnicompreensivo Anexo II del Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (CCGSC en adelante)⁴¹ relativo a su campo de aplicación podrían inducir a alguna duda. Pero al menos a mi juicio no debe confundirse los criterios de inclusión del CCGSC, que busca obviamente la ausencia de vacíos de cobertura, con la auténtica delimitación de las obras de construcción, sin que deba dársele, al menos a mi juicio, mayor trascendencia a esta mera omisión u olvido del legislador. Del mismo modo que es conveniente recordar que en ningún momento la ley exige —como alguna enmienda sugirió— para su aplicación que las empresas estén incluidas en el ámbito de aplicación del CCGSC, aspecto éste último absolutamente irrelevante a los efectos que ahora nos ocupan.

Ahora bien, una vez delimitado el ámbito sustancial, la norma exige acumulativamente un segundo y tercer elemento centrados en la presencia

rras, perforaciones y sondeos, construcción general de inmuebles y obras de ingeniería civil, construcción general de edificios y obras singulares de ingeniería civil (puentes, túneles ...), construcción de edificios, obras singulares de ingeniería civil en superficie y en altura, obras singulares de ingeniería civil subterránea, construcción de redes, construcción de tendidos eléctricos, construcción de líneas de telecomunicaciones, construcción de cubiertas y de estructuras de cerramiento, construcción de cubiertas y tejados, trabajos de impermeabilización, construcción de autopistas, carreteras, campos de aterrizaje, vías férreas y centros deportivos, construcción y reparación de vías férreas, construcción de carreteras, autopistas, aeródromos e instalaciones deportivas, obras hidráulicas, otras construcciones especializadas, montaje de armazones y estructuras metálicas, cimentaciones y pilotaje, instalaciones de edificios y obras, instalaciones eléctricas, instalaciones eléctricas, aislamiento térmico, acústico y antivibratorio, fontanería e instalación de climatización, acabado de edificios y obras, revocamiento, instalaciones de carpintería, carpintería de madera y materias plásticas, carpintería metálica, cerrajería, revestimiento de suelos y paredes, revestimiento de suelos y paredes, acristalamiento y pintura, acristalamiento, pintura.

⁴⁰ RD 863/1985 de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera, el RD 150/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica el art. 109 de dicho Reglamento y el RD 1389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y salud de los trabajadores en las actividades mineras.

⁴¹ BOE de 10 de agosto de 2002 núm. 191.

de una subcontratación, realizada, precisamente, para la ejecución de una serie de trabajos que viene a coincidir, nueva y literalmente, con las obras de construcción o de ingeniería civil reflejadas en el Anexo I del RD 1627/1997, habiendo desaparecido, por tanto, la referencia a los trabajos específicos que incorporaba el texto de la originaria Proposición de Ley y que venían a coincidir, nuevamente, con la relación de trabajos que implican riesgos especiales en este sector contemplada en el Anexo II del RD 1627/1997⁴².

El primero de estos dos requisitos excluye, al menos en principio, la aplicación de la LSC en aquellos supuestos en los que no existan procesos de subcontratación aunque se trate de una obra de construcción. Y es, obviamente, este requisito el que conduce a centrar la atención de las nuevas normas en el contratista o subcontratista, excluyendo, al menos en principio, al mero promotor, salvo que, como veremos, desarrolle directamente, esto es, con medios humanos y materiales propios, la totalidad o parte de una obra que parcialmente es contratada o subcontratada, en cuyo caso pasará, sin perder su condición de promotor, a asumir también las cargas y obligaciones del contratista. De hecho, la figura del promotor es casi totalmente ajena a esta ley —véase el art. 4 LSC— que tan sólo lo contempla como posible sujeto infractor en la medida en la que se otorgan funciones fundamentales a la dirección facultativa por él designada. De ahí que, por ejemplo, también la técnica de responsabilidad laboral ligada a muchos de los incumplimientos de las reglas legales incorporadas en la LSC se centre en la extensión solidaria de responsabilidad entre eslabones de la cadena de subcontratación olvidando, parece que expresamente, la figura del promotor. Y todo ello sin ignorar que, en primer lugar, en algún precepto aislado no es absolutamente necesaria la existencia actual de una contrata, bastando —*vid.* Art. 4.4 LSC— la participación habitual en este tipo de procesos para imponer la aplicación de dicho precepto a las empresas contratistas o subcontratistas que, eso sí, realicen habitualmente tal actividad. Y en segundo lugar que, como recuerda MERINO SEGOVIA, ciertos preceptos, en especial, el art. 10 y la DA 3 LSC parecen estar destinados al sector en su conjunto y no exclusivamente a las situaciones de subcontratación⁴³. Pero sobre ello volveremos con mayor profundidad algo más tarde.

Por ahora tan sólo me interesa destacar, en tercer lugar, que, al menos a mi juicio, toda esta normativa, y por tanto, todas las limitaciones que en ella se incorporan, tan sólo serán de aplicación a aquellas contratas o subcontratas destinadas a estas tareas o trabajos identificados en el art. 2

⁴² Seguramente, y como señala A. MERINO SEGOVIA, *Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*, original impreso, pág. 14, la inclusión de estos trabajos se debía a su frecuencia y su peligrosidad, sin que la omisión de la misma en el texto final parezca tener mayor trascendencia a estos efectos.

⁴³ *Vid.* A. MERINO SEGOVIA, *Comentarios a la Ley 32/2006...*, cit., pág. 22.



LSC, y no a cualesquiera otras que, incluso desarrolladas en este mismo lugar físico, no estén directamente relacionadas —no sean «inherentes» en una terminología judicial ciertamente cercana y ya suficientemente extendida—, con la actividad constructora tal como es definida en este precepto. En pocas palabras, el objeto de la contrata tiene que ser la contratación o subcontratación de una tarea de construcción tal como la define el art. 2 LSC, en una obra de construcción⁴⁴. De ahí que, al menos en nuestra opinión, no quedarían cubiertas por las mismas otras posibles contrata o subcontratas de actividades completamente alejadas de la construcción y que no encajen en los términos del art. 2 LSC; por poner un conocido ejemplo, las destinadas a vigilancia. Y todo ello tras recordar que, a diferencia de lo que acontece en el Anexo I del RD 1627/1997, en el art. 2 LSC este listado no es declarado en ningún momento como ejemplificativo —véase por ejemplo la distinta redacción del art. 3.a LSC y 2.1.a RD 1627/1997—, lo que podría apoyar su consideración como listado cerrado y exhaustivo, sobre todo si recordamos el carácter limitativo de derechos de la mencionada normativa.

En cualquier caso, y ya para concluir este apartado, es importante destacar que la DA 2 LSC incorpora expresamente a su ámbito de aplicación las obras de construcción sometidas a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, respetando, eso sí, las especialidades que se deriven de

⁴⁴ Esta misma Guía Técnica procede a precisar, en la medida de lo posible, los términos empleados en el Anexo I del RD 1627/1997. A nuestro juicio, esta concreción puede ser de gran ayuda en la identificación del ámbito de aplicación de la LSC. Y así, serían ejemplos de excavación los vaciados de tierras, pozos, zanjas, galerías y túneles, etc.; ejemplos de movimiento de tierras la explanación, desmonte, terraplenado, etc.; de construcción lo serían la excavación, el movimiento de tierras, o el saneamiento, etc., dentro de una obra.; de montaje y desmontaje de elementos prefabricados el montaje de losas y muros prefabricados, estructuras, cubiertas prefabricadas, etc.; de acondicionamiento o instalaciones el acondicionamiento de una carretera para la ampliación de los arcenes; de un local comercial para su utilización como cafetería; de un puerto para mejorar el calado de la dársena, etc. Ejemplos: instalación de aire acondicionado, calefacción, ventilación, electricidad, alumbrado, etc.; de transformación la transformación un teatro en varios cines, el sustituir una vía férrea de velocidad común por otra de alta velocidad, el ampliar la utilización de un puente dedicado al ferrocarril para hacerlo compatible con el paso de una carretera, el transformar un puerto pesquero en otro deportivo, etc.; de rehabilitación la rehabilitación de un hotel, teatro, cine, edificio, etc. antiguos u abandonados; la rehabilitación de puentes, túneles, etc.; de reparación la reparación de instalaciones, de componentes estructurales o decorativos, etc.; de desmantelamiento el desmantelamiento de un falso techo, de una instalación de aire acondicionado, etc.; de mantenimiento el conjunto de operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones, edificios, industrias, etc. puedan seguir funcionando adecuadamente. Como, por ejemplo el mantenimiento de una carretera; de conservación y trabajos de pintura y de limpieza la pintura de fachadas de edificios o de elementos estructurales o de otro tipo, la limpieza de fachadas, de cubiertas o de canalones; limpieza de monumentos, etc.. Finalmente, y de acuerdo siempre con esta Guía por saneamiento se entendería la acción de ejecutar, reformar o reparar el alcantarillado o drenaje de un edificio, municipio, etc.

dicha ley⁴⁵. Sin poder entrar aquí en las peculiares relaciones que pueden establecerse entre ambas regulaciones, por ejemplo, en relación con la acreditación de estas empresas y su registro, tan sólo quisiéramos llamar la atención, en primer lugar, sobre el hecho que, de este modo, el texto definitivo de la LSC no establece dos regímenes específicos y distintos para obras privadas y públicas como en cambio sí parecía prever el texto originario de la Proposición de Ley. Y en segundo lugar, que de esta forma se vendría a recoger en el limitado campo de la subcontratación de obra en el sector de la construcción, una de las observaciones que, de una forma bastante más general, realizó recientemente el CES en relación con el art. 210 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Y es que como se recordará, en relación con este artículo el CES postuló la necesidad de reflejar de forma más contundente y clara la necesidad de controles en todos los supuestos de subcontratación, proponiéndose que con carácter general se limitase a dos niveles esa posibilidad de subcontratar⁴⁶.

2.3. Definiciones

Por otra parte, esta misma similitud con el RD 1627/1997 se aprecia nuevamente en el art. 3 LSC dedicado a definir diversos conceptos presentes en la propia ley. Así nociones tradicionales como obra de construcción —o simplemente obra—, promotor, dirección facultativa, coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución o, por poner, un ejemplo más, de trabajador autónomo son casi literalmente idénticas a las contempladas en el RD de disposiciones mínimas en materia de seguridad y salud en las obras de construcción y, por tanto, también similares a las que, para el concreto sector de la edificación hace en su caso la Ley de Ordenación de la Edificación⁴⁷. De ahí que no parezca necesario detenernos más en este tema⁴⁸.

⁴⁵ El texto actual proviene de la Enmienda núm. 141 presentada por el Grupo Socialista. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-34 de 23 de diciembre de 2005, pág. 123.

⁴⁶ La propuesta completa, sumamente interesante, puede encontrarse en el Dictamen 04/2006, aprobado el 20 de febrero de 2006, págs. 18 y 19 especialmente. Por lo que conozco, no parece que se hayan incorporado estas sugerencias al menos en el Texto del art. 210 publicado en el BOCG CC de 8 de septiembre de 2006.

⁴⁷ De hecho, esta «adaptación» de las definiciones de la Proposición a las ya establecidas en la normativa vigente era una de las justificaciones de la Enmienda núm. 119 del Grupo Parlamentario Socialista de donde procede, sin duda, la redacción actual —*vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, Num. B-58-34 de 23 de diciembre de 2005, pág. 113—.

⁴⁸ Dadas estas similitudes, parece lógico concluir que a estos mismos conceptos le serán de aplicación las aclaraciones que en relación con los mismos hace la Guía Técnica de obras de construcción antes citada.

Por contra, las principales novedades se centran en la definición expresa de subcontratación y de nivel de subcontratación; unas novedades éstas a la que se une la inevitable ampliación del concepto de subcontratista, no sólo al primer nivel al que se refiere exclusiva y formalmente el RD 1627/1997, sino también al segundo y sucesivo subcontratista; y, finalmente a la aclaración, ya mencionada anteriormente, de acuerdo con la cual cuando el promotor realice directamente la totalidad o determinada parte de la obra tendrá la consideración de contratista. En cambio, el art. 3 LCS nada señala sobre la condición del promotor cuando contrate directamente a trabajadores autónomos para la realización de la obra, aunque un mínimo de coherencia entre los diversos textos normativos quizás debiera llevarnos a otorgarle la misma calificación que la que le otorga el art. 2.3 RD 1627/1997, sobre todo si recordamos el deseo del legislador de adaptar estos conceptos a las definiciones ya existentes en la legislación reglamentaria previa. Y por último, quizás convenga señalar que en su versión definitiva, la Ley vuelve a incorporar una definición de trabajador autónomo, idéntica a la del RD 1627/1997, pero que en su momento fue eliminada por el Senado, alegando una supuesta discriminación de estos⁴⁹. Y todo ello sin olvidar que igualmente resulta novedosa la expresa aclaración legal al identificar como contratistas, en la parte que ejecuten, a las empresas que formen una UTE cuando la propia UTE no ejecute directamente la obra

En cualquier caso, más allá de recordar la expresa definición legal de subcontratación, entendida materialmente como la «práctica mercantil en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o autónomo parte de lo que se le ha encargado» —huyendo expresamente de una identificación técnica del tipo de contrato que quizás en este caso no hubiera planteado especiales problemas dado el contenido específico que deben tener estas subcontrataciones ex art. 2 LSC⁵⁰—, y de otras cuestio-

⁴⁹ Véase la Enmienda núm. 20 del Grupo Popular en el Senado en el BOCG Senado Núm. 14 (c) de 19 de junio de 2006, pág. 18.

⁵⁰ Y es que la tradicional identificación, total o básica, del término *contratas* y *subcontratas* con el contrato de empresa o, según la terminología del art. 1544 Cc, de «arrendamiento» de obra, no plantea aquí especiales problemas. Y ello no sólo por la interpretación amplia que desde un punto de vista funcional viene dando la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia, sino, y sobre todo, en la medida en la que los «trabajos» o «actividades» recogidos en el art. 2 LSC, al delimitar su ámbito de aplicación en auténticas obras o servicios, parecen excluir del ámbito de aplicación de la LSC los supuestos más problemáticos en otros campos, centrados, como de todos es sabido, en los supuestos de descentralización en los que el objeto de la obligación deducida del contrato sea un *dare* o en los casos de distribución mercantil; unos problemas éstos que en otros ámbitos han llevado a recientes y muy interesantes intentos de reconstruir conceptos como el de propia actividad o incluso el de *contrata*, centrándose ahora en la situación de inferioridad o subordinación económica. *Vid.* J.M. GOERLICH PESET, «Determinación del supuesto: la noción de *contrata* y *subcontrata* de obra y servicios»,

nes que se irán abordando a lo largo del presente trabajo, lo que sí nos interesa destacar ahora es la clara opción de la LSC por identificar la empresa principal —y, por tanto su estatuto jurídico y sus posibles responsabilidades— con la empresa contratista y no con la promotora.

Esta perspectiva ya estaba presente implícitamente en el art. 11.2 RD 1627/1997 que, a efectos de responsabilidad solidaria, tan sólo mencionaba a contratista y subcontratista sin mencionar al promotor; se constataba aún con mayor claridad en la DA Primera b) del RD 171/2004 —lo que, por cierto no dejó de suscitar ciertas dudas entre algunos de sus comentaristas⁵¹—; y parece ya indudable en la LSC, en cuyo art. 3.e) se equipara simple y llanamente al contratista con el empresario principal —de hecho el art. 3.e) LSC los considera un mismo concepto («contratista o empresario principal»)—. Y de hecho, tan sólo cuando el promotor realice directamente, con medios humanos y materiales propios, parte o la totalidad de la obra tendría la consideración de contratista/empresario principal⁵².

Ciertamente podría pensarse que la LSC se limita seguir en este punto sus antecesores normativos. Y seguramente es así. Pero quizás de este modo se olvida un dato que, al menos a nuestro juicio, debiera en todo caso resaltarse. Y es que seguramente tanto el art. 11 RD 1627/1997 como el RD 171/2004 se vieron literalmente obligados a esta equiparación, por su carácter meramente reglamentario, por el tenor literal del art. 24 LPRL y por el concepto restrictivo que de la propia actividad ha venido acogiendo el Tribunal Supremo —aplicable, al menos a mi juicio, a la norma base del art. 24 LPRL—, y que obligaba, en definitiva, a rechazar como contrata de propia actividad la desarrollada entre el promotor y el contratista o «constructor»⁵³. En cambio, la LSC, por su propio rango igualmente legal, no estaba necesariamente obligada a esta equiparación inevitable, seguramente, para las anteriores normas reglamentarias. Por ello, en el caso de la LSC esta opción debe considerarse no sólo como clara, sino también como voluntaria y consciente.

en AAVV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, *Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 99 y ss; L.E. NORES TORRES, *El trabajo en contratas. La noción de contrata de propia actividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 116 y ss.

⁵¹ Una referencia bibliográfica a este debate en F.J. CALVO GALLEGO, «Obligaciones y responsabilidades...», cit., pág. 212 y ss.

⁵² En realidad, esta distinción ya había sido avanzada por algunos autores como vía para solucionar estos problemas en la delimitación de la responsabilidad del promotor en este ámbito. Véase M. LLANO SÁNCHEZ, *Responsabilidad empresarial en las contratas...*, cit., pág. 340 y ss.; F.J. CALVO GALLEGO, «Obligaciones y responsabilidades...», cit., págs. 21-213.

⁵³ STS (Sala de lo Social) de 20 julio 2005 (RJ 2005\5595).



Cuestión distinta es su acierto o corrección. Y ello porque si bien es cierto que en muchas ocasiones la promotora no tendrá ni tan siquiera trabajadores en la obra, tampoco puede desconocerse lo paradójico de esta situación. Sobre todo si recordamos las obligaciones reglamentariamente impuestas al promotor, directamente ligadas al control del grado de apertura en los niveles excepcionales de subcontratación, o el hecho de que paradójica y al menos literalmente no estaría obligada —o al menos no se prevé una sanción administrativa o su responsabilidad solidaria en caso de que no lo realice— a controlar el cumplimiento por parte del contratista de los requisitos, por ejemplo, de acreditación y registro, establecidos en el art. 4 LSC.

3. EL CONTENIDO MATERIAL DE LA LEY 32/2006

En cualquier caso, y entrando ya en la regulación sustantiva de esta nueva norma, parece evidente que la LSC ha intentado abordar, con mayor o menor intensidad, buena parte de las causas que antes señalábamos como posibles motivos de la alta siniestralidad en la construcción.

Y para ello no ha dudado en actuar, tanto sobre el régimen legal de la subcontratación, como sobre la estructura y requisitos de las empresas, e incluso sobre la propia situación socioprofesional del trabajador de la construcción, asumiendo e incluso dando apoyo legal a medidas que, en algunos casos, ya se habían empezado a diseñar en la negociación colectiva sectorial estatal y que ahora encuentran un claro apoyo o referente legal. Pero vayamos nuevamente por partes.

3.1. La nueva regulación de la subcontratación

En este sentido, un primer gran grupo de medidas incorporadas en la LSC se centran, como no podía ser menos, en la propia regulación de la subcontratación, abordando, tanto una importante limitación en sus niveles máximos de descentralización permisibles, como una detallada regulación de la documentación y de los derechos de los representantes de los trabajadores en estos mismos casos, como, por último, incorporando alguna norma aislada en el siempre confuso campo de las responsabilidades y de las obligaciones interempresariales en estos supuestos.

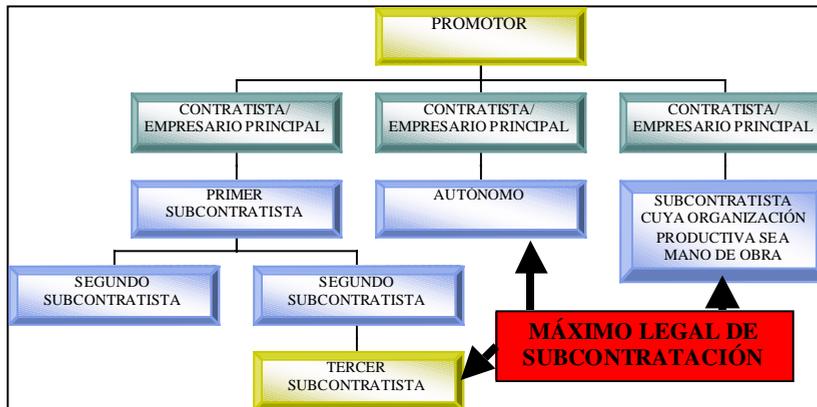
3.1.1. *Los nuevos niveles máximos de subcontratación*

Así, la primera y, sin duda, la más llamativa limitación que incorpora la LSC se ha centrado en reducir uno de los elementos que, como antes he-

mos visto, con mayor frecuencia se ha señalado entre las causas determinantes de la alta tasa de siniestralidad y de su gravedad en la construcción: los excesivos escalones, los desproporcionados niveles de subcontratación que en muchas ocasiones se apreciaban en estas obras de construcción.

De este modo, y de acuerdo con el art. 5 LSC, toda obra de construcción que sea iniciada seis meses después de la publicación en el BOE de esta norma —DT 1 y DF 3 LSC— no podrá tener, como regla general, más de un tercer nivel de subcontratación, teniendo en cuenta, además, que ni los autónomos ni los subcontratistas cuya organización productiva en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra podrán a su vez subcontratar los trabajos a ellos encomendados. A tales efectos, se considera como nivel de subcontratación cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación, sin abarcar, por tanto, la contratación mercantil entre el promotor —siempre que actúe como tal, y no como contratista al realizar parte de la obra con sus propios medios, en cuyo caso habría de considerarse como tal—y cuantos contratistas desee.

ILUSTRACIÓN 1
POSIBLE ESQUEMA DE SUBCONTRATACIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN
TRAS LA LEY 32/2006



Evidentemente, esta norma dista mucho en su intensidad de la propuesta contemplada en el art. 5 de la originaria Proposición de Ley que exigía al subcontratista garantizar la ejecución completa de la obra, excluyéndose expresamente la posibilidad de subcontratar a su vez la totalidad o incluso parte de la misma con una tercera empresa⁵⁴. Y de hecho, se aproxima bastante a

⁵⁴ Véase igualmente el art. 5.1.e) y el art. 11 «Prohibición de la subcontratación en cadena» del tantas veces mencionado Texto primigenio de la Proposición de Ley.



la fórmula prevista en el art.10 de la propuesta alternativa realizada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Popular⁵⁵. Pero con todo, supone un límite importante, fundamentalmente para lo autónomos. Y de hecho, una de las principales críticas que se han realizado a la LSC —y que en su momento justificó incluso varias de las enmiendas incorporadas en el Senado y que no fructificaron en su tramitación final ante Congreso— fue esta teórica discriminación de los autónomos en este concreto sector de actividad⁵⁶.

En cualquier caso, obsérvese, en primer lugar, que la norma se centra en el factor objetivo de la subcontratación, sin distinguir ni prestar una mayor atención en función de la mayor o menor peligrosidad de los trabajos subcontratados. De hecho, llama la atención que este factor, que ha sido tenido ya en cuenta, por ejemplo, en la regulación del contrato de puesta a disposición —art. 8 RD 216/1999—, no haya sido valorado a estos efectos, limitándose, como veremos más tarde, a ser considerada un factor que agrava la tipificación en su caso de los posibles incumplimientos de los sujetos implicados en esta actuación.

En segundo lugar, que hasta este tercer nivel, la subcontratación no parece estar condicionada a ningún requisito causal, quedando a la libre decisión del principal o de los respectivos subcontratistas siempre, claro está, que no nos refiramos a autónomos o subcontratistas cuya aportación fundamental en este campo sea la mano de obra, sometidos, como ya hemos señalado, a limitaciones específicas.

Y en tercer lugar, que lo que se prohíbe es la subcontratación y no, en sí misma, la descentralización productiva. Y ello tiene cierta importancia en la medida en la que, del tenor literal, tanto del art. 5 como del art. 3.h) LSC resulta más que discutible que esta norma pudiera llegar a impedir la utilización, incluso por los terceros subcontratistas, por autónomos, o por subcontratistas cuya organización productiva en la obra consista básicamente en mano de obra, de trabajadores en misión cedidos por ETT. De acuerdo con la estructura literal del precepto lo que la ley impide es la subcontratación, esto es, un contrato mercantil que implica para el subcontratista una organización productiva propia y no la mera cesión de mano de obra. Y de hecho, la normativa sobre el contrato de puesta a disposición permanece en este punto incólume. Cuestión distinta es que seguramente buena parte de este problema se quede en una mera disquisición académica mientras permanezca en vigor la actual redacción del art. 8 del RD 216/1999 que, como

⁵⁵ BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-34 de 23 de diciembre de 2005, pág. 96.

⁵⁶ Véase el texto remitido por el Senado en BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-37 de 27 de septiembre de 2006, pág. 147 y ss.

de todos es sabido, reduce en gran parte las posibilidades de uso de estos trabajadores en las obras de construcción⁵⁷.

3.1.2. *La excepcional apertura de un cuarto nivel de subcontratación*

Sea como fuere, el rigor de estas limitaciones se ve en parte compensado por las posibles excepciones previstas en el art. 5.3 LSC, dentro de las cuales se hace, a su vez, una nueva distinción entre, de un lado, los subcontratista de tercer nivel y, de la otra, los autónomos y subcontratistas cuya organización productiva en la obra se limite en esencia a la mano de obra. Y ello porque si bien en todos los casos la apertura de un cuarto nivel de subcontratación exige siempre un mismo procedimiento, una misma formalización y unos mismos derechos y obligaciones de información, lo cierto es que las causas que lo habilitan son notablemente distintas en una y otra hipótesis.

Así mientras que, como regla general, los subcontratistas de tercer grado podrán acceder a este nuevo y cuarto nivel en supuestos de casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, por complicaciones técnicas de la producción o por circunstancias de fuerza mayor por la que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra, los autónomos y los subcontratistas cuya organización productiva en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, con herramientas manuales o motorizadas portátiles, sólo podrán recurrir a esta posibilidad de subcontratación —que, obsérvese, podrían ser en este caso de segundo o de tercer grado— en las hipótesis de fuerza mayor antes señaladas.

Más allá de la relativa amplitud de algunas de estas causas —que en esencia lo que parecen eliminar es la posibilidad de subcontratación a este nivel por motivos simplemente económicos—, la distinción entre estos dos colectivos exige a su vez delimitar que ha de entenderse por fuerza mayor. Y es aquí donde seguramente comienzan los problemas.

Por simple lógica, es obvio que en el concepto de fuerza mayor no deben tener cabida ni la especialización de trabajos, ni las simples complicaciones técnicas o, por último, el mero caso fortuito. Y si bien las dos primeras distinciones no plantean mayores problemas al intérprete, no sucede lo mismo cuando intentamos separar caso fortuito y fuerza mayor.

⁵⁷ Aunque no lo impiden completamente. Baste recordar como de acuerdo con el Boletín de Estadísticas Laborales del mes de octubre de 2006, en el año 2005 se habrían realizado 44.584 contratos de puesta a disposición en el sector de la construcción.



En ausencia de una definición específica en el art.3 LSC, la cuestión se remite a una distinción, motivo de tradicionales controversias, abordada no siempre de manera uniforme según el ámbito en el que se plantee, y que, desde luego, hubiera recomendado una mayor especificación por parte de nuestro legislador, a la espera, claro está, de lo que acontezca con el desarrollo reglamentario previsto en la DF 2 LSC.

Tratando de resumir las múltiples perspectivas desde la que se ha abordado esta cuestión, lo cierto es que ha sido frecuente en nuestra doctrina civil —aún partiendo del carácter normalmente intercambiable en este ámbito de ambos conceptos salvo en preceptos como los art.1784 o 1575 Cc.— intentar distinguir caso fortuito y fuerza mayor —o caso fortuito extraordinario— ya sea en función del origen o causa del evento impeditivo —según procediera de accidentes de la naturaleza o de la actuación de un tercero—; ya sea por el grado de evitabilidad del suceso —la fuerza mayor representaría un obstáculo invencible, mientras que el caso fortuito implicaría un impedimento no absolutamente superable—, o, sobre todo, y éste parece ser el camino más adecuado o correcto, en razón de que el hecho se produzca dentro o fuera de la esfera o del círculo de actividad del deudor. De tal manera que, si se trata de una causa interna nos encontraríamos ante un caso fortuito, mientras que si el factor fuera externo a la explotación u obra se trataría de un supuesto de fuerza mayor⁵⁸.

Y algo similar podría predicarse de la doctrina tanto del Consejo de Estado como del propio orden contencioso administrativo al analizar la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor en relación con la existencia o no de responsabilidad administrativa⁵⁹. En general, la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo a la hora de acercarse a la fuerza mayor, parte de un concepto que abarcaría todos «aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean sin embargo inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motiva sea independiente y extraña a la voluntad del sujeto obligado»⁶⁰. Pero cuando tiene que proceder a deslindar esta fuerza mayor del mero caso fortuito suele identificar con mayor exactitud este último con los

⁵⁸ Un resumen de toda estas tesis puede consultarse en AA.VV. *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Volumen Primero. Parte General, delito y cuasidelito*, Librería Bosch, 1985, 2.ª edición, pág. 241 y ss.

⁵⁹ Un excelente resumen de la doctrina de ambos en C. CHECA GONZÁLEZ, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: alcance, delimitación y contenido de la misma», en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, 2003, núm. 17, Parte Estudio, a quien se remite para un mayor aporte jurisprudencial y bibliográfico.

⁶⁰ Véase STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 2 marzo 1987 (RJ 1987\3454); de 7 marzo 1988 (RJ 1988\1787) y de 3 noviembre 1988 (RJ 1988\8628), citando las Sentencias de 2 de febrero de 1980, (RJ 1980\743); 4 de marzo de 1981, (RJ 1981\894) y 25 de junio de 1982, (RJ 1982\4852).

eventos «internos, intrínsecos o inscritos en el funcionamiento de los servicios públicos»⁶¹, mientras que la fuerza mayor quedaría reservada para aquellos sucesos que están «fuera del círculo de actuación del obligado» y que, por tanto, sean «realmente insólitos y extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio». De este modo caso fortuito sería el acontecimiento que tiene lugar en el interior de la empresa o círculo afectado por la obligación, mientras que la fuerza mayor sería el que se originó fuera, con violencia insuperable y que excede de lo que debe preverse en el curso ordinario y normal de la vida⁶².

En cualquier caso es importante destacar como para aceptar esta calificación, la Sala de lo Contencioso del TS no exige «que el suceso sea catastrófico o desacostumbrado». Bastaría con que se tratase «de un suceso ocasionado en circunstancias anormales externas o ajenas al operador —al margen de los riesgos comerciales normalmente asumidos por los empresarios— y cuyas consecuencias aparezcan como inevitables o sólo susceptibles de ser evitadas al precio de sacrificios excesivos, a pesar de toda la diligencia empleada»⁶³. O, en otras palabras, mientras en el caso fortuito hay indeterminación e interioridad —indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida, e interioridad porque el evento guarda relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, al estar directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización⁶⁴, en la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista y, sobre todo, exterioridad, en la medida en la

⁶¹ Véase, por todas, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 julio 1985 (RJ 1985\4209) «entendiendo la primera (fuerza mayor) como una causa extraña, siempre exterior por relación al objeto dañado y a sus riesgos propios, mientras que en el segundo de dichos supuestos —caso fortuito— existe una interioridad al funcionamiento mismo del servicio.

⁶² STS de 30 de septiembre de 1983 (RJ 1983\4688).

⁶³ Véase Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 25 marzo 2003 (RJ 2003\3793). De esta forma trata de coordinar esta doctrina con la mantenida por el TJCE de acuerdo con la cual la fuerza mayor no equivale a imposibilidad absoluta, sino que consiste en las circunstancias anormales, ajenas al operador y cuyas consecuencias aparezcan como inevitables o sólo susceptibles de ser evitadas al precio de sacrificios excesivos, a pesar de toda la diligencia empleada —requisitos cuya prueba incumbe al operador—, y que no cubre los riesgos comerciales normalmente asumidos por los operadores (entre las más recientes, sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de julio de 2002 [TJCE 2002\226], Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KB/Hauptzollamt Hamburg-Jonas, C-210/2000, y sentencia 17 de octubre de 2002 [TJCE 2002\286], Isabel Parras Medina, Adelina Parras Medina/Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, C-208/2001).

⁶⁴ En este sentido, entre otras, la STS de 11 de diciembre de 1974 (RJ 1974\5132): «evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida».

que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio⁶⁵.

Interioridad e indeterminación serían así los rasgos que calificarían al caso frente a la exterioridad e inevitabilidad de la fuerza mayor⁶⁶. Desde esta perspectiva, y en conclusión, sería el carácter externo al círculo de control empresarial, y por tanto, su inevitabilidad, por causa independiente y extraña a la voluntad del sujeto, las que, en definitiva, determinarían, en función concreta de cada caso, cuando nos encontraríamos ante una fuerza mayor —capaz de justificar una subcontratación por parte de autónomos o este peculiar tipo de subcontratistas— y cuando ante un simple caso fortuito que no permitiría esta opción. Y aunque sea a título ejemplificativo, quizás fuese de utilidad seguir considerando normalmente como supuestos de fuerza mayor los contemplados en mismo art. 144 de LCE; esto es, los incendios causados por electricidad atmosférica; los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes; o los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público, siempre que, lógicamente, sean externos al círculo de control y de riesgo empresarial.

En definitiva, y como se observa supuestos excepcionales que demuestran con claridad la voluntad del legislador de convertir al autónomo o al subcontratista que aporta básicamente mano de obra en el último eslabón de las cadenas de subcontratación en el sector de la construcción, salvo hipótesis realmente excepcionales. Y todo ello tras recordar que, obviamente, esta fuerza mayor no se presume y deberá ser probada por quien la alegue.

En cualquier caso, lo que sí es común en todos estos casos es el esquema procedimental.

- En todos estos supuestos se requerirá, en primer lugar, la aprobación previa de la dirección facultativa —esto es, del técnico o técnicos competentes designados por el promotor, encargados de la di-

⁶⁵ En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1986: «Aquellos hechos que, aun siendo previsible, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado». En análogo sentido: STS de 19 de abril de 1997 (RJ 1997\3233).

⁶⁶ *Vid.* Véase en este sentido general la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 31 mayo 1999 (RJ 1999\6154); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 6 febrero 1988 (RJ 1988\784) «por lo que faltaban aquí los requisitos de inevitabilidad del resultado y extraneidad de su causa caracterizante de todo supuesto de fuerza mayor». En la doctrina véase, por todos, E. GARCÍA DE ENTERÍA, T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, 5 edición, Civitas, Madrid, 1998, pág. 391 y ss. de quienes se han tomado las expresiones literales que se citan en el texto, provenientes de la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo.

rección y control de la ejecución de la obra (art.3 c LSC)⁶⁷—. En relación con este punto, tan sólo dos observaciones. La primera que la ley no establece procedimiento alguno de solución en caso de discrepancia entre el agente de la construcción que desea esta subcontratación y la dirección facultativa. Y ello seguramente por el deseo de apoyar la decisión de esta última en caso de desacuerdo. Y en segundo lugar, y lo que es aún más paradójico, que tampoco en estos casos se prevé expresamente posibilidad alguna de control en este sentido por parte de la empresa contratista o principal. Obsérvese que la dirección facultativa es nombrada por el promotor. Y que, sin embargo, el incumplimiento de estas normas, con independencia de la responsabilidad administrativa del promotor sobre la que volveremos inmediatamente, le podría generar una responsabilidad solidaria a un sujeto como el contratista que en principio, no aparece contemplado en toda esta articulación. La única justificación consiste en su deber de control y vigilancia sobre el lugar de trabajo, lo que, desde luego, podría plantear la eficacia exoneradora de engaños por los correspondientes subcontratistas. Pero sobre ello volveremos más tarde, no sin antes resaltar que buena parte de estos problemas se solucionarían dando un mayor papel al constructor o contratista en la designación de estos sujetos.

- En segundo lugar, esta subcontratación requiere igualmente su inscripción, junto con las causas motivadoras de la misma, y la autorización por parte de la dirección facultativa en el Libro de Subcontratación al que después nos referiremos.
- En tercer lugar, el contratista —y por tal ha de entenderse necesariamente (dada la expresión literal de la norma), al empresario principal y no al subcontratista o autónomo que estipule esta nueva subcontratación— deberá poner en conocimiento del coordinador de seguridad y salud —obsérvese igualmente designado por el promotor (art. 3.d LSC)— y de los representantes de los trabajadores —legales y sindicales ex art. 10.3 LOLS— de las diferentes empresas incluidas en el ámbito de ejecución de su contrato que figu-

⁶⁷ Como recuerda la Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las obras de construcción esta figura es exigible en las obras con proyecto, considerándose obras sin proyecto aquellas en las que el proyecto no es exigible para su tramitación administrativa —como revoco y pintura de fachadas, montaje y desmontaje de bajantes, canalones... etc—, obras de emergencia u obras de corta duración. Además, en las obras de edificación existe tradicionalmente la figura de la dirección facultativa, que según determina la Ley de Ordenación de la Edificación está formada por el director de obra y el director de la ejecución de la obra. Su equivalente en obra civil se corresponde con el término dirección de obra, dirección de ejecución o dirección técnica.

ren relacionadas en el Libro de Subcontratación —debe entenderse implicadas en tareas a las que se refiere el art. 2 LSC y que hayan sido objeto de subcontratación— esta subcontratación excepcional. Obsérvese, además, que la norma tan sólo hace referencia a la misma y no a las concretas causas que la justifican, aunque la accesibilidad de este Libro por parte de ambos sujetos les permitirá conocer las razones que la han legitimado (art. 8 LSC).

- Finalmente, también el contratista, como gestor del Libro de Subcontratación, deberá poner en conocimiento de la autoridad laboral competente la indicada subcontratación mediante la remisión en cinco días hábiles como máximo desde su aprobación, de un informe en el que se indiquen las circunstancias de su necesidad y una copia de la anotación efectuada en el Libro de Subcontratación.

3.1.3. *El posible papel de la negociación colectiva*

Por otra parte, llama igualmente la atención el hecho de que el art. 5.1 LSC establezca expresamente que «la subcontratación, como forma de organización productiva, no podrá ser limitada, salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta Ley».

Seguramente con este precepto la Ley no pretende tan sólo eliminar la posibilidad de que un futuro reglamento incorporase nuevas limitaciones a estos procesos. El limitado papel en este campo de la norma reglamentaria, incluso aunque no existiera este precepto, parecen indicarnos que con el mismo lo que quizás se pretenda sea realizar una «reserva impropia de ley», que impediría, sobre todo a la negociación o a la autonomía colectiva en sentido amplio, limitar aún más esta forma de organización, al menos en cuanto a sus condiciones y supuestos. Y de hecho, la supresión del art. 1.2 de la originaria Proposición de Ley, y en la que se consideraban las disposiciones en ella contempladas como derecho necesario mínimo, pudiendo ser desarrolladas y mejoradas en los convenios colectivos, parece favorecer esta primera conclusión.

De este modo, se intentaría paralizar, al menos en el sector de la construcción, una creciente —aunque aún hoy reducida— corriente dentro de nuestra negociación colectiva que viene limitando, de muy distinta forma o intensidad, estos procesos de descentralización productiva⁶⁸. De este modo, y de acogerse esta interpretación, los tres primeros escalones de subcontra-

⁶⁸ Algunos ejemplos en F.J. CALVO GALLEGO, «Las modificaciones en el régimen jurídico de la subcontratación», en AAVV., *La reforma laboral de 2006* (dir. J. CRUZ), Lex Nova, 2006, pág. 133, núm. 31 y 32.

tación no podrían ser condicionados, ni causal ni materialmente, más allá de lo que establece la LSC, impidiendo por ejemplo cláusulas que prohibieran genéricamente la subcontratación de la actividad propia de la empresa principal, o que la sometieran a cualquier tipo de condicionamiento productivo⁶⁹. Del mismo modo que tampoco cabría alterar o reducir —ni, obviamente, al menos a mi juicio, ampliar— las hipótesis en las que sería admisible un cuarto grado de subcontratación.

Obviamente, esta limitación no entra en juego en aquellas materias en las que la propia LSC se remite o da mayor seguridad jurídica a prácticas ya existentes en nuestra negociación colectiva. Pero sí plantea ciertas dudas sobre si entre estas condiciones y limitaciones podrían incluirse cuestiones no reguladas en el art. 5 LSC como, por ejemplo, la ampliación —y no ya la concreción, a nuestro juicio siempre posible—, de los derechos de información sindical, o el posible establecimiento convencional de criterios sociales⁷⁰ o de participación sindical en los procesos de selección de contratistas. A nuestro juicio, el necesario respeto al derecho constitucional a la negociación colectiva debe conducirnos a una interpretación restrictiva de esta hipotética limitación.

3.1.4. *Documentación de la subcontratación: el Libro de Subcontratación*

De forma análoga a lo establecido en el nuevo art. 42.4 ET tras la reforma operada por el RDL 5/2006, pero de manera mucho más detenida y detallada, el art. 8 LSC introduce ahora la obligación para todos y cada uno de los contratistas —y, por tanto, para cada una de las empresas que formen parte de la UTE cuando ésta no ejecute directamente la obra— de disponer en toda obra de construcción incluida en el ámbito de aplicación de la LSC, de un Libro de Subcontratación en el que se reflejarán, por orden cronológico desde el comienzo de los trabajos —además de lo ya señalado en relación con las subcontrataciones excepcionales del art. 5.3 LSC—, todas y cada

⁶⁹ Por la cercanía de los sujetos negociadores quizás quepa recordar como ejemplo de este tipo de cláusulas el interesante art. 11 del III Convenio Colectivo General de Ferralla, BOE 27 enero 2006, núm. 23, de acuerdo con el cual «Las empresas de Ferralla que contraten dicha actividad para su ejecución en obras podrán subcontratar con otra u otras su ejecución sin que éstas últimas puedan en ningún caso subcontratar ninguna actividad relacionada con el objeto de la actividad de Ferralla, asumiendo la empresa contratista de la Ferralla todas las responsabilidades laborales y económicas que se pudiesen derivar de estos actos».

⁷⁰ Nuevamente, y como mero ejemplo cualificado por los sujetos negociadores, véase el art. 11 del ya mencionado III CC General de Ferralla, que, aún de forma confusa, hace referencia a «Primar la subcontratación que garantice las mejores condiciones de empleo y trabajo, estabilidad y seguridad».



una de las subcontrataciones realizadas en una determinada obra con empresas subcontratistas y trabajadores autónomos, su nivel de subcontratación y empresa comitente, el objeto de su contrato, la identificación de la persona que ejerce las facultades de organización y dirección de cada subcontratista y, en su caso, de los representantes legales de los trabajadores de la misma, las respectivas fechas de entrega de la parte del plan de seguridad y salud que afecte a cada empresa subcontratista y trabajador autónomo, así como las instrucciones elaboradas por el coordinador de seguridad y salud para marcar la dinámica y el desarrollo del procedimiento de coordinación establecido.

Dejando a un lado el hecho de que como, era lógico, esta normativa legal tendrá que ser objeto de un esperado desarrollo reglamentario (art. 8.3 LSC), que especifique, por ejemplo, las condiciones y el modo de su habilitación por parte de la autoridad laboral autonómica competente⁷¹; y que mientras tanto, la propia Ley establece un sistema de fichas en su Anexo, lo que seguramente más llama la atención es la propia relación que este libro de subcontratación guarda o podrá guardar en un futuro con el libro registro contemplado en el nuevo art. 42.4 in fine del ET para el conjunto de contrata o subcontratas desarrolladas de forma continuada en un mismo centro de trabajo⁷².

En un principio podría pensarse que este libro de subcontratación podría, o incluso debería venir a absorber el libro registro del que habla el art. 42 ET, al ser una norma específica para un sector concreto como es el de la construcción frente al carácter general de la norma estatutaria. Pero obsérvese, en primer lugar, que al menos por el momento, ningún precepto de LSC establece esta absorción o equiparación. Y, en segundo lugar, que el contenido de uno y otro es parcialmente distinto, no ya sólo por la mayor amplitud del contemplado en la LSC, sino también porque en este mismo Libro de Subcontratación de la construcción nada se dice, al menos en la actual regulación legal, de la duración de la contrata o del número de traba-

⁷¹ Parece lógico que la autoridad competente se determine en función de la localización geográfica de la obra —lo que puede plantear alguna duda o la necesidad de remitirlo a la autoridad central cuando ésta, por su largo recorrido, abarque más de un territorio de Comunidad Autónoma— y no, desde luego, por el domicilio social de la contratista, relevante tan sólo para la determinación del Registro de Empresas en el que deberá acreditarse.

⁷² Sobre este libro pueden consultarse los primeros comentarios relativos al texto RDL 5/2006. En especial pueden utilizarse, además de los ya citados, a A.V. SEMPERE NAVARRO, «Descentralización productiva: contrata o subcontratas, ETTs y cesión de trabajadores», en *La reforma laboral de 2006. Análisis del Real-Decreto-Ley 5/2006 de 9 de junio*, (dir. A.V. SEMPERE NAVARRO), Thomson Aranzadi, 2006, pág. 123 y ss., H. ÁLVAREZ CUESTA, «Subcontratación de obras y servicios», en AAVV., *Aspectos puntuales de la Reforma Laboral de 2006*, Laborum, 2006, pág. 132 y ss.

jadores que serán ocupados en el centro de trabajo de la empresa principal, aspectos éstos que sin embargo, sí deben incorporarse al Libro registro del art. 42.4 ET. Además, tampoco cabe olvidar que, aunque normalmente tiendan a coincidir, no siempre existirá —nuevamente hasta su esperado desarrollo reglamentario— una identidad perfecta entre las subcontrataciones que deben ser reflejadas en uno y otro caso. Como ya hemos señalado el art. 2 LSC delimita un ámbito de aplicación de este conjunto normativo que queda reducido a las contrataciones centradas en actividades de la construcción desarrolladas, además, en obras de construcción. Serían pues éstas, y sólo estas, las que deberían quedar reflejadas en el libro de subcontratación⁷³. Y en cambio, el tipo de subcontrataciones que deben ser recogidas en el libro registro del art. 42.4 ET no parece exigir la propia actividad, limitándose a requerir la coincidencia locativa y su carácter continuado en el tiempo⁷⁴, lo que, por ejemplo, obligaría a incluir en el mismo subcontrataciones relativas a seguridad o vigilancia (empresas de seguridad), de cuya necesaria inclusión en el libro contemplado en el art. 8 LSC cabe al menos dudar. Si a todo ello sumamos las dudas, aún no resueltas en relación con el Libro registro previsto en el art. 42.4 ET, sobre quién sería en el sector de la construcción la empresa principal —al distinguir éste entre principal, contratista o subcontratista—, sobre todo en relación con el promotor y el contratista, y sobre si este libro registro deberá ser único para toda la empresa o deberá existir uno en cada centro de trabajo en donde se produzca dicha coincidencia⁷⁵, tendremos en definitiva una situación ciertamente confusa, a la espera del necesario y esperado desarrollo reglamentario de ambos preceptos.

Desde esta perspectiva, y en tanto no se desarrollen reglamentariamente ambos preceptos, no parece que por el momento el Libro de Subcontratación en la construcción elimine y haga innecesario llevar en todo caso el libro registro del art. 42.4 ET aplicable aún a estos supuestos ex art. 1 LSC. Es más, la dualidad de contenidos actuales, obligaría —incluso aún entendiendo que el empresario principal a los efectos del art. 42.4 ET es el contratista y el libro debe llevarse en cada centro/obra— a realizar una doble formaliza-

⁷³ Es cierto que el art. 8 LSC se refiere genéricamente a «todas y cada una de las subcontrataciones realizadas en una determinada obra», pero del contenido de la información, así como de otras referencias como la delimitación de los representantes de los trabajadores que pueden acceder al mismo (Art. 8.1 LSC in fine) parece deducirse que en este libro tan sólo tendrían que incluirse —nuevamente a la espera de su deseable desarrollo reglamentario— aquellas subcontratas destinadas a la ejecución de la obra, coordinando así este ámbito con la delimitación material del mismo realizada en el art. 2 LSC.

⁷⁴ Más ampliamente, F.J. CALVO GALLEGO, «Las modificaciones en el régimen jurídico...», cit., pág. 143

⁷⁵ Nuevamente sobre estos temas F.J. CALVO GALLEGO, «Las modificaciones en el régimen jurídico...», cit., pág. 141 y ss.



ción de estas subcontratas de construcción en uno y otro archivo o, al menos, a incorporar a la actual ficha las exigencias de información contempladas en el art. 42.4 ET —duración y plantilla ocupada en el centro por la contratista— que aún no aparecen contempladas. Y desde luego, lo que no evitaría sería el necesario registro, con los datos a los que se refiere el art. 42 ET de las contratas o subcontratas de actividades no constructivas desarrolladas en la misma obra de forma estable o continuada.

En cualquier caso, y una vez dicho esto, tampoco es menos cierto que la lógica necesidad de intentar al menos simplificar una documentación cada vez más amplia, engorrosa, y no siempre útil, en la línea señalada en el art. 8.3 LSC, seguramente recomendaría que el futuro desarrollo reglamentario buscara fórmulas sintéticas que permitieran una única actividad de registro para todas las subcontrataciones realizadas en la obra, con independencia de que en función del tipo de actividad, unas tuvieran que tener un contenido bastante más denso y trascendente que aquellas otras que, aún desarrolladas en este mismo lugar de forma estable, nada tengan que ver con el proceso constructivo. Y todo ello sin olvidar que, al menos a mi juicio, las posibles omisiones del art. 8.1 LSC en relación con el art. 42.4 ET ya comentadas, podrían ser paliadas por el reglamento que, ex art. 8.3 LSC determine «el contenido, obligaciones y derechos derivados del mismo», dando lugar a una única ficha para todas las subcontrataciones que sirviera a ambos efectos y que tuviera todos y cada uno de los contenidos que ambas normas contemplan —que serían o no rellenados según el caso—, o dos tipos de ficha en un único «Libro», en función de la concreta actividad de la subcontrata en la obra. Es más, quizás fuera deseable que a este mismo proceso de «fusión» de elementos formales se incorporará el Libro de incidencias. Pero obviamente tendremos que esperar al deseable desarrollo reglamentario para observar en que queda todo este anunciado proceso de «simplificación».

Sea como fuere, de lo que no cabe duda es de que este libro de subcontratación, que deberá permanecer en todo momento en la obra, podrá ser consultado por un amplio número de interesados como el promotor, el coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución, las empresas y trabajadores autónomos que intervengan en la obra, los técnicos de prevención, los delegados de prevención y los representantes de los trabajadores —parece, por tanto, que todos— de las diferentes empresas que intervengan en la ejecución de la obra. Sujetos estos a los que habrá que unir por razones evidentes, y ya comentadas, la dirección facultativa.

El incumplimiento de esta obligación, ya sea por la inexistencia de este libro o por su incorrecta gestión o llevanza «al día» es sancionado por el nuevo apartado 28.a) del art. 12 LISOS como infracción preventiva grave del contratista —obsérvese sin condicionamiento alguno, como en cambio

sucede «sorpresivamente»⁷⁶ en relación con el art. 7.12 LISOS, enclavado, además, en otra sección de la misma LISOS—, del mismo modo que se considera falta grave del subcontratista —¿y del autónomo en los supuestos excepcionales en los que puede subcontratar?— no comunicar los datos que permitan al contratista llevar al orden y al día el Libro de Subcontratación —nuevo art. 12.27.b LISOS—. Por el contrario será una mera infracción leve —art. 11.6 LISOS, igualmente introducido por la DA 1 LSC— del contratista no disponer en la obra del Libro de Subcontratación, del mismo modo que será infracción grave la vulneración por el mismo sujeto del derecho de los representantes de los trabajadores —y, obsérvese, que sólo se menciona a estos en este concreto tipo— de su derecho de acceso al Libro de Subcontratación —nuevo art. 12.28.d) LISOS—.

Y todo ello, claro está, sin olvidar, finalmente, que el art. 8.2 LSC exige a cada empresa que disponga de la documentación o título que acredite la posesión de la maquinaria que utiliza, así como cualquier otra documentación exigida por las disposiciones legales. La infracción de este deber es considerada como infracción administrativa leve en sede preventiva por el nuevo art. 11.7 LISOS, incorporado igualmente por la DA 1 LSC.

3.1.1. *El deber de vigilancia y las obligaciones de comunicación interempresariales*

Este amplio conjunto de normas encuentra un último elemento de cierre en el art. 7 LSC; un precepto que, en este punto, viene a unirse a un nuevamente abigarrado grupo de normas entre las que destacan el art. 11 RD 1627/1997, el art. 10 RD 171/2004 —en relación con la DA 1 del mismo cuerpo reglamentario— y, en último término los art. 24 LPRL y 42 LISOS.

Como de todos es sabido, todas estas normas abordan y regulan el deber de vigilancia de la empresa principal sobre el cumplimiento de las obligaciones preventivas por aquellas contratas y subcontratas que desarrollen tareas de su propia actividad en su mismo lugar de trabajo; una obligación ésta que ya antes de la LSC se imputaba en el caso de la construcción directamente al contratista con las salvedades antes remarcadas (DA 1 RD 171/2004). En desarrollo de estas normas, y de forma previa a la LSC, el art. 10 RD 171/2004 ya exigía que, antes del inicio de actividades, las empresas subcontratistas deberían acreditar por escrito que habían cumplido sus obligaciones en materia de evaluación de riesgos, planificación de actividades

⁷⁶ La gráfica expresión —que, por cierto, compartimos plenamente—, es de A.V. SEMPERE NAVARRO, «Descentralización productiva: contratas o subcontratas, ...», cit., pág. 155.

preventivas e información y formación de los trabajadores que fueran a prestar sus servicios en el centro de trabajo. Este mismo conjunto normativo establece igualmente que tales acreditaciones deberían ser exigidas por el contratista (ha de entenderse en este sector como subcontratista) para su entrega al empresario principal (ha de entenderse nuevamente el contratista) cuando subcontratara con otra empresa la realización de parte de la obra o servicio. Y finalmente se señala en el art. 11.2 y 3 RD 1627/1997 que los contratistas y subcontratistas responderán solidariamente de las consecuencias que se derivasen del incumplimiento de las medidas previstas en el plan, sin que las responsabilidades de coordinadores, de la dirección facultativa y del promotor eximan de sus responsabilidades a los contratistas y subcontratistas⁷⁷.

Pues bien, sin entrar aquí a analizar si con la comprobación de la acreditación formal de estos cuatro elementos se agotaba o no este deber de vigilancia del contratista o, si como creemos, esta comprobación formal es tan sólo un presupuesto necesario pero no suficiente para agotar este deber de control y, por tanto, evitar su posible responsabilidad solidaria⁷⁸, lo cierto es que el art. 7 LSC viene además a señalar que este deber de vigilancia de «contratistas y subcontratistas» se extiende igualmente al cumplimiento de estos niveles de subcontratación por parte de subcontratistas y autónomos «con que contraten», señalándose además que a estos efectos las empresas subcontratistas deberán comunicar o trasladar al contratista, a través de sus respectivas empresas comitentes en caso de ser distintas de aquél, toda la información o documentación que afecte al contenido de este capítulo.

En relación con este deber de vigilancia lo primero que quizás cupiera destacar es que esta expresa referencia legal establecida en el art. 7 LSC puede incardinarse sin mucha dificultad, al menos a nuestro juicio, dentro de la regla general establecida en el art. 24 LPRL. Y ello porque, si como pensamos, nos encontramos en este caso ante una norma básicamente de seguridad y salud laboral —lo que parece demostrarse por el artículo y la

⁷⁷ Un estudio más detenido de todas o algunas de estas cuestiones en M. MIÑARRO YANINI, «La prevención de riesgos laborales en las contratatas y subcontratatas», en *Documentación Laboral*, 2003, núm. 68, pág. 84 y ss.; R. AGUILERA IZQUIERDO, «El desarrollo reglamentario del art. 24 LPRL: la coordinación de actividades empresariales», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53, pág. 267; D. MONTOYA MEDINA «Coordinación de actividades preventivas tras la entrada en vigor del RD 171/2004, de 30 de enero», en *Aranzadi Social*, 2004, núm. 14 (BIB 2004\1695), pág. 4; M. LLANO SÁNCHEZ, «El reglamento de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales», en *Actualidad Laboral*, 2004, núm. 13, pág. 1550 y ss. y F.J. CALVO GALLEGO, «Obligaciones y responsabilidades ...», cit., pág. 176 y ss., a quien se remite para una mayor información bibliográfica.

⁷⁸ Sobre esta discusión en nuestra doctrina véase nuevamente F.J. CALVO GALLEGO, «Obligaciones y responsabilidades en los supuestos...», cit., pág. 194 y ss., a quien se remite para conocer las distintas posiciones a este respecto.

sección de la LISOS en donde se regulan las consecuencias de su incumplimiento—, esta obligación de vigilancia puede encuadrarse con relativa facilidad dentro de la regla general y de la lógica impuesta por el art. 24 LPRL. Y todo ello, claro está, sin dejar de señalar que esta «reiteración» o recordatorio, nuevamente legal, no es en absoluto inútil o contraproducente en la medida en la que constituye la base de las posteriores imputaciones de responsabilidades laborales y administrativas en un cuerpo específico dotado de una lógica propia.

Y del mismo modo, también creemos que la comunicación de subcontrataciones ya se deducía del art. 10.2 RD 171/2004, aunque lo novedoso aquí es que en ella no sólo se tendrán que incluir las acreditaciones antes señaladas, sino también todas aquellas cuestiones necesarias para la correcta gestión del Libro de Subcontratación. En realidad, el art. 30 CCGSC⁷⁹ ya establecía desde el año 2002 que el subcontratista debía poner en conocimiento de su contratista principal —y de la Inspección de Trabajo y de los órganos de representación legal mediante copia— toda contratación total o parcial de los trabajos a él encomendados, mediante un documento en el que se identificaban las dos empresas afectadas, así como el número de trabajadores empleados en aquella con sus categorías y especialidades. Lo que se hace ahora es desarrollar y completar aquella regulación. Y todo ello sin olvidar que, al menos a nuestro juicio, este mismo deber también incumbirá al autónomo —aunque no aparezca mencionado expresamente— en aquellos supuestos en los que excepcionalmente pueda subcontratar. Con todo, seguramente lo más llamativo en este campo es que frente a lo que sucedía en el art. 10 RD 171/2004⁸⁰, la DA 1 LSC sí establece una infracción grave del subcontratista centrada en la falta de comunicación de los datos que permitan al contratista llevar en orden y al día el libro de subcontrataciones —art. 12.27.b LISOS en su nueva redacción dada por la DA 1 LSC—.

Finalmente, es necesario destacar que este deber de vigilancia de las empresas contratistas y subcontratistas parece quedar limitado a controlar la actuación en este punto de las empresas subcontratistas o trabajadores autónomos «con las que contraten». Y ello es importante en la medida en la que una interpretación literal y estricta de este término llevaría a considerar que cada subcontratista debería vigilar únicamente las posibles subcontrataciones realizadas por las empresas o autónomos con las que contrate, y no, por tanto, de las posibles subcontrataciones que se realizaran en un ni-

⁷⁹ Vigente hasta el 31 de diciembre de 2006 (BOE de 10 de agosto de 2002)

⁸⁰ *Vid.* R. AGUILERA IZQUIERDO, «El desarrollo reglamentario...», cit., pág. 280 quien llamaba la atención sobre el hecho de que en relación con los deberes de comunicación interempresarial establecidos en este punto en el art. 10 RD 171/2004 no estuviese «previsto mecanismo alguno para castigar su incumplimiento».



vel inferior y posterior; esto es, las que realizara el subcontratista de «su» subcontratista. Por poner un ejemplo que clarifique este auténtico galimatías que, sin embargo, tiene trascendencia jurídica, el problema se centraría en conocer si un subcontratista de primer grado tan sólo estaría obligado a controlar las posibles subcontrataciones de los subcontratistas de segundo grado con los que «contrató», o si también estaría obligado a controlar que los subcontratistas de tercer grado de su línea de subcontratación no subcontraten salvo en los supuestos excepcionales del art. 5.3 LSC.

Seguramente una interpretación literal y restrictiva de una norma generadora de obligaciones como ésta debiera llevarnos a considerar que los subcontratistas tan sólo deberían controlar el cumplimiento de las reglas del art. 5 LSC por aquellas empresas con las que subcontraten directamente, sin alcanzar, por tanto, al grado de cumplimiento de esta norma por niveles inferiores. Y sin embargo, obsérvese que una interpretación de este estilo casaría mal, o simplemente no casaría con el hecho de que de este limitado deber, que en teoría se impondría igual a contratistas y subcontratistas, se derivase una responsabilidad administrativa del contratista o del subcontratista que alcanza —de forma especialmente clara en el caso del contratista— cualquier incumplimiento en la cadena de su subcontrato —art 12.27.c); 12.28.b); 13.15.b) y 13.16.a) LISOS—. Si ligamos esta duda con el hecho de que los deberes de comunicación interempresariales le permiten conocer siempre esta realidad, y a todo ello unimos la simetría en la definición de los nuevos tipos establecidos en los art. 12.27.c y 12.28.b) LISOS al sancionar este incumplimientos tanto para el caso de los contratistas como de los subcontratistas, tendremos argumentos para apoyar al menos otra interpretación más amplia en la que este deber de control abarcaría no sólo las empresas con las que «directamente» se ha contratado, sino con todas aquellas que formen parte «del ámbito de ejecución» de su contrato o subcontrato.

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es que la Ley establece diversas consecuencias ligadas al incumplimiento de estas normas de subcontratación. Lo paradójico, con todo, es que estas consecuencias podrían no serán simétricas en sus planos sancionador-administrativo y laboral, sobre todo por lo que se refiere a los sujetos responsables a los que afecta la posible extensión solidaria de responsabilidad. Y todo ello sin olvidar que la misma delimitación de algunos de estos tipos dependerá, obviamente, de las respuestas y del ámbito subjetivo que hayamos dado a este deber de vigilancia y control. Pero vayamos nuevamente por partes

3.1.6. *Responsabilidades administrativas*

Pues bien, desde esta perspectiva, y por lo que se refiere a la responsabilidad administrativa, lo primero que quizás cupiera destacar es que el le-

gislador ha escogido, a nuestro juicio de forma mucho más correcta, una técnica de imputación individual de cada uno de los tres sujetos que pueden estar implicados en la infracción. Huyendo de conocidas fórmulas de solidaridad que, si bien resultan admisibles en el derecho administrativo sancionador⁸¹, no parecen ser el mecanismo de imputación de responsabilidades más adecuado desde una óptica estrictamente preventiva, respetuosa con el principio culpabilístico aplicable al *ius puniendi* del Estado⁸², la profusa DA 1 LSC ha señalado tres posibles sujetos infractores en relación con la infracción de las reglas establecidas en el art. 5 LSC.

El primero de estos sujetos sería el promotor que, a través de la dirección facultativa por él designada, haya aprobado la ampliación excepcional de la cadena sancionadora cuando «manifiestamente no concurren las causas motivadoras». Se trata, obviamente, de una imputación por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, similar a la que se deduce de otros preceptos como 12.24.d LISOS; una imputación que asume la ausencia de responsabilidad administrativo-laboral a estos efectos de la dirección facultativa y que, por último presupone y exige un error «manifiesto» que, si tenemos en cuenta lo difuso de algunas de estas causas (complicaciones técnicas de la producción...) puede provocar auténticas dificultades para establecer una responsabilidad administrativa de este sujeto que, sin embargo, parece fundamental a la hora de gestionar todo este proceso de autorización. Es cierto que esta salvedad impediría la generación de importantes consecuencias sancionadoras ante simples discrepancias en la interpretación de la norma. Pero en la práctica podría coadyuvar a exonerar completamente al promotor —al que como veremos no alcanza la extensión de responsabilidades laborales y de Seguridad Social— y, por remisión, al existir una autorización de la dirección facultativa, de los subcontratistas y del constructor al menos en el ámbito sancionador-administrativo. De ahí que en estos casos la valoración del error manifiesto deba partir de la exigencia de una diligencia técnica y objetiva por parte de esta dirección facultativa, que reduzca esta posibilidad de exoneración. En cualquier caso, lo que sí establece la DA 1 LSC es una cierta graduación de esta infracción a considerarla muy grave —nuevo art. 13.17 LISOS— cuando dicha ampliación afecte a trabajos con riesgos especiales conforme a la regulación reglamentaria establecida en el Anexo II del RD 1627/1997⁸³.

⁸¹ Véanse las siempre interesantes observaciones de A. NIETO, *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 324 y ss.

⁸² Sobre estos temas, por todos, A.J. VALVERDE ASENCIO, *La responsabilidad administrativa laboral en los supuestos de pluralidad de empresarios*, Tirant lo Blanch, 114; ID., *La responsabilidad administrativa del empresario en la relación laboral*, Civitas, CARL, 1996, pág. 84 y ss.

⁸³ En relación con este Anexo II resultan igualmente de interés las apreciaciones realizadas sobre el mismo por la tantas veces citada Guía Técnica de obras de construcción.



El segundo sujeto implicado sería el propio subcontratista o, más correctamente, los subcontratistas. En este caso la DA 1 LSC introduce nuevamente sendas infracciones administrativas graves o muy graves, en función de que se trate o no de la subcontratación de trabajos considerados peligrosos en el Anexo II RD 1627/1997. Estas infracciones consistirían ya sea en proceder a subcontratar con otro u otros subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación sin disponer de la expresa aprobación de la dirección facultativa o, en segundo lugar, permitir que en el ámbito de ejecución de su subcontrato otros subcontratistas o trabajadores autónomos incurran en este mismo supuesto, salvo que se produzca un falseamiento de los datos comunicados al contratista o subcontratista que dé lugar al ejercicio de actividades incumpliendo el art. 5 LSC, en cuyo caso se imputará al subcontratista falsificador una infracción muy grave —nuevo art. 13.15.c) LISOS—.

Estos dos preceptos plantean varias dudas. La primera, la posibilidad o no de imputar en este caso a los trabajadores autónomos sin trabajadores a su servicio. Y es que ambas normas parecerían considerar expresa y limitadamente como sujeto infractor de ambos tipos —«en el ámbito de la Ley Reguladora de subcontratación en el sector de la construcción»— tan sólo los subcontratistas. Y como ya hemos señalado, el art. 3 LSC establece expresamente que el trabajador autónomo es «la persona física distinta del contratista y subcontratista» al menos cuando no emplee trabajadores a su servicio⁸⁴. Sin embargo, la posterior mención en esta misma letra del autónomo como posible autor de esta infracción⁸⁵ parece reflejar que, a estos efectos, la ley interpreta que el autónomo que excepcionalmente subcontrató es, por tanto, un subcontratista, plenamente imputable en el ámbito de este tipo y, por relación, en todos aquellos otros tipos en los que lógicamente pueda equipararse, en función de su situación, a los subcontratistas.

El segundo rasgo que sin duda resulta llamativo es que la mera existencia de la autorización de la dirección facultativa exonere sin más al subcontratista, con independencia de que exista o no un error manifiesto en la actuación de éste, que incluso, y como ya hemos visto, permitiría imputar responsabilidades sancionadoras al promotor. Del tenor literal del precepto se desprende que basta esta autorización para poder realizar en su caso la cuarta subcontratación —o una anterior en el caso de autónomos o subcontratistas cuya organización en la obra sea básicamente la aportación de mano de obra—, incluso aunque manifiestamente no existan las causas que lo jus-

⁸⁴ Ya que en este caso, y como ya hemos comentado, dejará de ser autónomo a los efectos de la LSC para asumir el régimen del contratista o subcontratista —art.3.g) LSC—.

⁸⁵ Al considerar responsable al subcontratista que «en el ámbito de ejecución de su subcontrato otros *subcontratistas o trabajadores autónomos* incurran en el supuesto anterior»

tifiquen, opción ésta que no deja de ser sorprendente, aunque desde luego garantice su seguridad jurídica.

Y el último aspecto que nos interesa destacar es que los nuevos art. 12.27.c) y 13.15.b) LISOS parecen establecer una responsabilidad completamente autónoma y no solidaria del subcontratista que «permita» en el ámbito de ejecución de su subcontrato la realización del tipo anterior. La norma no aclara si esta responsabilidad es sólo del subcontratista que, a su vez, subcontrató con el infractor, o si lo es de todos los subcontratistas de la cadena en la que se inserte el incumplimiento. A mi juicio, la solución a este problema pasa, necesariamente, por el ámbito subjetivo que demos al deber de vigilancia establecido en el art. 7.1 LSC y que ya hemos estudiado. Así, si interpretamos que este deber sólo alcanza a la actuación del siguiente nivel de subcontratación con el que la empresa subcontrató, deberíamos concluir que el autor de esta infracción tan sólo sería el subcontratista que contrató con el infractor por el incumplimiento de su deber de vigilancia, mientras que quedarían exonerados los subcontratistas situados en nivel superior dentro de la cadena. En cambio si asumimos una interpretación más amplia, en la que el deber del subcontratista sería simétrico al del contratista y, por tanto, referido a todos y cada uno de los niveles inferiores desarrollados en su ámbito de subcontratación, los autores de este tipo serían todos y cada uno de los subcontratistas superiores aunque no hubieran subcontratado directamente con el subcontratista incumplidor. Cuestión distinta es que de aceptar esta interpretación —que se ve fortalecida por la simetría en la delimitación de los respectivos y simétricos tipos para contratistas y subcontratistas en los art. 12.27.c) y 12.28.b LISOS⁸⁶— la ley no aclararía si estos subcontratistas responderían solidariamente al amparo del art. 130 LRJAP o si responderían cada uno de forma independiente por la infracción de su deber de vigilancia.

Finalmente, el tercer sujeto implicado es el contratista, al que los nuevos art. 12.28.b) y 13.16.a LISOS —incorporados igualmente por la omnipresente DA 1 LSC— imputan una posible infracción grave o muy grave —independiente y no solidaria con los anteriores—, en función de que se trate o no de la subcontratación de trabajos considerados peligrosos en el Anexo II RD 1627/1997, cuando permita que en el ámbito de ejecución de su contrato intervengan subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles máximos de subcontratación legalmente admitidos. Y todo ello, nuevamente, siempre que no dispongan de la autorización de la dirección facultativa, y siempre que no se produzca un falseamiento de los datos que en este sentido le han sido comunicados.

⁸⁶ Ya que en ambos casos la ley habla de «ámbito de ejecución» ya sea de su subcontrato o de su subcontrato.

3.1.7. *La responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales y de Seguridad Social*

En cualquier caso, más allá de todas estas dudas, lo que sí es importante destacar es que las posibles responsabilidades por estos incumplimientos no se limitan al plano sancionador-administrativo. Como ya hemos avanzado, el art. 7 LSC establece igualmente la responsabilidad solidaria del subcontratista que hubiera incurrido en dichos incumplimientos y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales —y no meramente salariales como establece el art. 42 ET— y de Seguridad Social «derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de ejecución de su contrato cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas».

A pesar de la cuanto menos «peculiar» y, desde luego, notablemente confusa redacción del precepto, parece razonable considerar que en estos casos encontraríamos, al menos, tres sujetos responsables. El primero, el subcontratista cuyas obligaciones laborales y de Seguridad Social se extenderán solidariamente a los otros dos sujetos. El segundo, el subcontratista —o, a nuestro juicio, autónomo— que descentralizó parte de su actividad incumpliendo los límites del art. 5 LSC. Y el tercero, el contratista o principal que respondería solidariamente como consecuencia del incumplimiento de su deber de vigilancia previamente analizado.

De este modo, parece que, respecto a los responsables en el ámbito sancionador-administrativo, quedarían exonerados los restantes subcontratistas que pudieran existir en la cadena y, desde luego, el promotor, lo que no deja de ser curioso, sobre todo en este último caso. Y ello porque como ya hemos señalado, nos encontramos ante una norma que, por su rango de ley, no tendría que verse limitada por el requisito de la propia actividad; un concepto éste que, a pesar de todas las críticas, sí limitaba las posibilidades de normas reglamentarias como el RD 1627/1997 y el RD 171/2004. Si en aquellos casos, los límites impuestos por los art. 24 LPRL y 42 LISOS, unidos a una interpretación limitada por parte del Tribunal Supremo del concepto de propia actividad⁸⁷, pudieron justificar la consideración como empresario principal y, por tanto, de último responsable al contratista o constructor, este límite no era aplicable a la LSC que pudo haber optado por imputar también solidariamente al promotor, más aún cuando es igualmente responsable administrativo por posibles incumplimientos del art. 5 LSC. Seguramente con esta opción se ha pretendido guardar una cierta simetría con las normas anteriores. Pero a cambio de excluir al que sin duda alguna es uno de los

⁸⁷ Específicamente para la relación entre promotor y contratista véase STS (Sala de lo Social) de 20 julio 2005 (RJ 2005\5595).

sujetos fundamentales en todo este proceso, y que podría así haber impuesto una mayor disciplina a la dirección facultativa en este tipo de control.

En cualquier caso, lo que también resulta llamativo es que en esta extensión de responsabilidad que, abarca no sólo los salarios sino también las indemnizaciones por despido o accidente laboral, no se han hecho presentes las excepciones que, sin embargo, sí se han incorporado en los tipos sancionadores administrativos antes mencionados. Y ello plantea la pregunta de hasta que punto, por ejemplo, la existencia de una autorización por parte de la dirección facultativa que, no obstante, sea manifiestamente errónea o, sobre todo, la falsedad o la no comunicación en los datos que le han sido o debían haber sido proporcionados por sus subcontratistas exoneran o no al contratista de esta extensión de responsabilidad.

Seguramente la respuesta más sencilla sería considerar que si estos factores excluyen la responsabilidad administrativa del contratista, también deben producir esta misma exoneración, por simple coherencia y simetría, en el resto de responsabilidades que pudieran deducirse en esta cuestión. Desde esta perspectiva, la omisión de ambos aspectos sería un simple olvido del legislador, que debiera suplirse por el intérprete dando prioridad a la ausencia de culpa en estos casos. Pero con todo, obsérvese que no es ésta la única respuesta posible. Es también posible que el silencio en este punto no sea un mero olvido del legislador. Y que muy al contrario se trate de una distinción voluntaria que encuentra su justificación en la distinta finalidad de una y otra responsabilidad. Y ello porque mientras que la norma sancionadora es parte del *ius puniendi* del Estado que, por tanto, debería cumplir el principio de culpabilidad como se deduce del art. 25 CE, la extensión de responsabilidades laborales y de Seguridad Social pretende fundamentalmente evitar los riesgos de insolvencia que pudieran derivarse de una cadena excesivamente larga de subcontratación. La cuestión, por tanto, queda abierta a la necesaria decisión de nuestra jurisprudencia.

3.2. Derechos de los representantes de los trabajadores

3.2.1. *Derechos de información de los representantes de los trabajadores*

Por otra parte, el art. 9 LSC reconoce, en primer lugar el derecho «de los representantes de los trabajadores de las diferentes empresas que intervengan en la ejecución de la obra» a «ser informados de las contrataciones y subcontrataciones que hagan en la misma».

Se trata, al menos a nuestro juicio, de un derecho subjetivo diferente de la genérica posibilidad de acceder en todo momento al Libro de Subcontratación reconocido de forma genérica en el art. 8.1 LSC in fine. El contenido original de la enmienda núm. 135 presentada en el Congreso por el



Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, y de donde, sin duda proviene el definitivo texto legal⁸⁸, parece demostrarlo. En dicha enmienda, este nuevo derecho de información aparecía en un párrafo diferente al derecho de acceso al Libro de Subcontratación que, finalmente, fue incorporado, de una forma técnicamente más correcta, en el art. 8 del texto definitivo de la LSC, relativo a la documentación. De ahí que este derecho de información sea, al menos a nuestro juicio, algo distinto aunque ciertamente relacionado —como veremos— con el derecho de acceso antes analizado.

Ahora bien, una vez dicho esto, poco más queda claro. Y ello porque si en un principio podría pensarse en una mera reiteración de los derechos de información del art. 42 ET, de la propia redacción del precepto, y de la propia y lacónica justificación en este punto de la Enmienda núm. 135, parece deducirse con claridad que no era ésta la finalidad que pretendía darse a la futura norma. Muy al contrario, se trataría, en palabras del Grupo Socialista, de un «derecho de información adicional de los representantes de los trabajadores en las obras de construcción»; un derecho que partiría y, por tanto ampliaría las normas legales generales contempladas en el art. 42 ET que, aunque seguirían siendo aplicables en estos casos, se verían completadas por la nueva norma legal. Lo que no se deduce con claridad es el alcance de dicha ampliación. Y ello porque en este punto, la oscuridad, quizás buscada del precepto, permitiría realizar varias interpretaciones, algunas de las cuales podrían ser ciertamente novedosas en nuestro sistema.

Así, la primera de estas interpretaciones, y seguramente la menos innovadora, partiría de las limitaciones bilaterales propias, por lo que parece, de los derechos de información del art. 42.4 y .5 ET⁸⁹ para evitarlas, al menos en el sector de la construcción. Y es que, como es bien sabido, a la hora de interpretar este art. 42 ET buena parte de la doctrina parece inclinarse, tanto por su tramitación parlamentaria como por el uso de la conjunción «o» en vez de «y», por una opción que limitaría estos derechos a las subcontrataciones de primer grado realizadas por cada empresa —y del subcontratista respecto a su comitente—, rechazando la existencia de estos deberes respecto de las contrataciones de segundo o ulterior grado respecto de la empresa contratista o principal. De esta forma los derechos de información de los representantes de los trabajadores se limitarían y jugarían en cada eslabón de la cadena permitiendo así a los representantes en la contra-

⁸⁸ Vid. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-34 de 23 de diciembre de 2005, pág. 119.

⁸⁹ Sobre estos temas véanse, por ejemplo, D. MONTROYA MEDINA, *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 458 y ss; J.L. MONEREO PÉREZ, A. ÁLVAREZ MONTERO, *Dimensión laboral de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2002, págs. 160-161.

tista conocer tan sólo las primeras subcontrataciones realizadas por aquéllas, mientras que desconocería las de segundo o ulterior grado realizadas por los sucesivos subcontratistas.

Pues bien, partiendo de esta limitación y teniendo en cuenta ahora tanto el interés de los representantes de los trabajadores por controlar estas nuevas reglas relativas a los niveles de subcontratación —art. 64.1.9 ET—, como la expresa regulación, ahora sí, de obligaciones de información interempresariales que permiten en este caso, a cada contratista o subcontratista, conocer el grado de descentralización en las obras a él encomendadas, podría concluirse que lo que el art. 9 LSC vendría a establecer sería la obligación de cada empresario de informar a sus representantes de todas las contrataciones, pero también —obsérvese el uso de la conjunción copulativa «y», en vez del «o» del art. 42.4 ET— de todas y cada una de las subcontrataciones, fuesen del grado que fuesen, que se hubiesen realizado por las empresas que hubieran subcontratado con ella o con otras empresas subcontratistas de primer o ulterior grado. De este modo, los representantes de los trabajadores del contratista tendrían derecho a ser informados de todas las subcontrataciones, sea cual sea su nivel, que hubiese realizado su empresa o los subcontratistas de aquella. Y del mismo modo, los representantes de los trabajadores de la subcontratista de las subcontratas realizadas por ésta o por las empresas por aquella subcontratada. Esta interpretación no sólo se ajustaría a la finalidad concreta de la norma sino que además se vería facilitada por las obligaciones de información interempresarial establecidas en el art. 7 LSC. En cualquier caso, obsérvese que el precepto es sumamente parco al delimitar el objeto de la información teniendo en cuenta que, con todo, deberá realizarse en un plazo inmediato pero, por lo que parece, una vez realizada la contratación o subcontratación.

El problema en relación con esta interpretación es que si bien cada empresa puede controlar las subcontrataciones realizadas por ella o por escalones inferiores, difícilmente conocerá las posibles subcontrataciones que se realicen en otras ramas del mismo árbol de subcontratación; esto es, las realizadas por otras contratistas de la misma obra que presten servicios al mismo promotor. Y además, si bien es cierto que todo subcontratista podría conocerlas accediendo de forma periódica al libro de subcontratación ex art. 8.1 LSC in fine, ello no garantizaría la inmediatez de esta información, al mismo tiempo que sometería a todos los subcontratistas a una obligación que parecería excesiva.

Por ello, la indefinición quizás buscada del precepto admitiría otra posible interpretación que, aunque ciertamente novedosa, no resulta a nuestro juicio imposible. Esto es, que fuera el contratista —el empresario principal— el que viniera obligado no sólo a proporcionar esta información respecto de sus representantes —lo que, por cierto, ya supondría una amplia-

ción respecto del art. 42 ET⁹⁰—, sino también, y esto es lo más novedoso, frente a los representantes de los trabajadores de las restantes empresas. Es cierto que ello supondría una ruptura del tradicional carácter bilateral de esta relación, salvaguardado por el art. 24 LPRL y por el RD 171/2004, basados en relaciones interempresariales. Pero debe recordarse a este respecto dos datos que, al menos a mi juicio, son serios indicios que podrían apoyar esta interpretación, en línea con aquellas corrientes que postulan una articulación compleja de la figura del empresario⁹¹.

El primero, que esta ruptura ya está consagrada en la propia LSC. Y es que, aunque pudiera parecer desapercibido, el art. 5.4 LSC obliga expresamente al contratista a informar de la subcontratación excepcional, entre otros, a «los representantes de los trabajadores de las diferentes empresas incluidas en su ámbito de ejecución de su contrato que figuren relacionados en su Libro de subcontratación». No se trata pues de un deber interempresarial de información como los que se prevén en el art. 24 LPRL o en el RD 171/2004⁹², sino de un deber de información asumido o impuesto legalmente a favor de los representantes de los trabajadores de todas las empresas por alguien que no es su empleador. Y a nuestro juicio, más que una excepción se trataría de una simple plasmación concreta del genérico y omnicomprendivo deber que este mismo sujeto habría asumido ahora legalmente, con el límite de que quede constancia de esta empresa y su representación en el Libro de subcontratación.

Y es que, además, y en segundo lugar, sólo así se comprendería que sea el contratista, y no los subcontratistas, el único sujeto para el que se prevé una infracción administrativa específica y no general por el incumplimiento de estos deberes de información —art. 12.28.d LISOS—. Otra interpretación, que partiera de un olvido del legislador asumiendo la aplicación en estos casos del art. 12.11 LISOS, no parece razonable dada la simetría existente en otros puntos entre los puntos 27 y 28 del art. 12 LISOS.

Pero, evidentemente, y dada la, quizás buscada oscuridad del precepto, deberemos esperar al desarrollo convencional de esta norma o a la actuación de la propia jurisprudencia para delimitar, con mayor seguridad, el calado, más o menos intenso, de esta nueva regulación legal.

⁹⁰ Aunque quizás no ya tanto frente a la norma convencional establecida en el art. 30 CCGSC.

⁹¹ Véase el interesante e innovador trabajo de M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar» en AAVV., *Empresa, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, (coord. M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ), Trotta, pág. 46 y ss.

⁹² Para un análisis más detenido de estos deberes de cooperación y coordinación interempresariales F.J. CALVO GALLEGO, «Obligaciones y responsabilidades...», cit., pág. 149 y ss.

3.2.2. *La llamada a sistemas o procedimientos de representación de carácter territorial*

Bastantes menos dudas plantea en cambio la referencia del segundo párrafo del art. 9 LSC de acuerdo con el cual «por convenio colectivo sectorial de ámbito estatal podrán establecerse sistemas o procedimientos de representación de los trabajadores a través de representantes sindicales o de carácter bipartito entre organizaciones empresariales y sindicales, con el fin de promover el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en las obras de construcción del correspondiente territorio».

Aunque también algo oscura, parece bastante probable que esta norma esté haciendo referencia, en primer lugar, a sistemas o a procedimientos como los actualmente contemplados en el Punto 4 del Anexo III del CCGSC. Este punto regula un órgano paritario de apoyo a la prevención de riesgos laborales, fundamentalmente dirigido a las pequeñas empresas del sector que por sus dimensiones no encajen en los requisitos exigidos por la LPRL para disponer de un delegado de prevención. De ahí que su actividad —centrada en el seguimiento de la accidentalidad, la propuesta de soluciones, la organización y desarrollo de una formación itinerante a pie de obra, y la organización y control de visitas a obras— se desarrolle básicamente en empresas o centros de trabajo que no dispongan de delegados de prevención o servicio de prevención propio o contratado. Su ámbito es autonómico, aunque con coordinación estatal, recibiendo sus componentes la formación necesaria salvo que acrediten conocimientos similares aceptados por la Fundación Laboral de la Construcción (FLC en adelante)⁹³.

Se trataría, por tanto, de dar, en primer lugar, simple cobertura legal a una regulación convencional que seguramente no la necesitaba anteriormente, ante las amplias posibilidades que el art. 35.4 LPRL otorga, sin más calificativos, a la genérica negociación colectiva⁹⁴. Y ello porque en este caso, y a diferencia de lo que parece ocurrir en el art. 35.4 LPRL, no se trata tanto de sustituir el sistema de designación de los delegados de prevención previsto supletoriamente en la ley, sino de añadir al mapa ya existente un nuevo tipo de órgano bilateral o sindical, de carácter complementario, y no alternativo, al sistema común o habitual de designación de delegados de prevención previsto en la LPRL. Y de hecho, figuras cercanas cuando no muy similares han ido surgiendo en otros convenios —no necesariamente estata-

⁹³ Como es bien sabido, la FLC es el organismo paritario del sector constituido por los firmantes del CCGSC con la finalidad de prestar garantizar la prestación de servicios a los trabajadores y las empresas comprendidas en el ámbito del Convenio —art. 112 CCGSC—.

⁹⁴ Sobre estas posibilidades, por todos, P-GÓMEZ CABALLERO, *La participación de los trabajadores y los funcionarios en la prevención de riesgos laborales*, CARL, Mergablum, 2003, pág. 51 y ss.

les— y en otros sectores que no son estrictamente la construcción, pero en los que sí cabe apreciar la fragmentación del tejido productivo propia de sector que nos ocupa. Así ocurriría, por señalar tan sólo algunos ejemplos, en el art. 32 del CC de Agropecuario de Sevilla⁹⁵, en el art. 55 del CC del Campo de Albacete⁹⁶ o, específicamente en el Anexo VIII del Convenio Colectivo de Trabajo correspondiente a la actividad de Edificación y Obras Públicas de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2006 y 2007⁹⁷ en los que se regula o se contempla específicamente a un órgano específico de ámbito sectorial como es el Delegado Territorial de Prevención de Riesgos Laborales.

En cualquier caso, obsérvese, en primer lugar, que la nueva norma no sólo se refiere a posibles órganos bipartitos, sino también a representantes sindicales, en línea con la opción ya señalada por algunos convenios de buscar la sectorialización y territorialización de ciertos órganos unitarios. Se trataría, pues, de un ejemplo más del progresivo papel de la negociación colectiva en la regulación del ámbito y estructura de estos órganos de representación, coincidente, por tanto, con otras reformas, relativamente recientes, como la operada por la Ley 21/2006, de 20 de junio en el ámbito de la Función Pública. Además, debe destacarse que el precepto parece hacer referencia a los órganos específicos en materia de prevención y no a los generales —delegados de personal, básicamente— cuya posible territorialización, o más en concreto, provincialización ha suscitado en ocasiones bastantes controversias⁹⁸.

Y todo ello sin olvidar, finalmente, que el art. 9 LSC tan sólo remite expresamente esta posibilidad a la negociación colectiva sectorial estatal. Esta remisión limitada y constante a lo largo de toda la ley —y que segura-

⁹⁵ BO. Sevilla 18 noviembre 2004, núm. 268, pág. 13119 De acuerdo con este precepto, «Las partes firmantes conscientes de la importancia de la Seguridad y Salud de los trabajadores y empleadores afectos al presente Convenio, acuerdan constituir la figura de delegado territorial de Prevención de Riesgos Laborales, al objeto de fomentar el mejor cumplimiento de la normativa sobre Prevención de Riesgos Laborales. Con tal objeto se crea un Comité de Delegados Territoriales de Prevención de Riesgos Laborales para el sector agrario de la provincia de Sevilla que estará compuesto por 12 delegados designados por la comisión mixta, de los cuales 6 representan a la parte empresarial (ASAJA), y otros 6 a la parte social, en proporción a su representación en la mesa de negociación de este convenio. Dicho comité, en tanto en cuanto no exista una oficina fija para su ubicación, se reunirá en la sede de la Delegación Provincial de Trabajo de la Junta de Andalucía, con una periodicidad al menos una vez al año».

⁹⁶ BO. Albacete 28 julio 2006, núm. 85, pág. 17.

⁹⁷ BO. La Rioja 6 febrero 2006, núm. 17, pág. 715 y ss.

⁹⁸ Una primera aproximación a los problemas que plantean estas creaciones convencionales sobre una materia ligada a la mayor representatividad sindical véase AAVV., *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores* (coord. R. ESCUDERO, J.R. MERCADER UGUINA), La ley, 2004, pág. 58 y ss.. En relación con la concreta figura de los delegados provinciales y territoriales en el campo de las ETT, véase igualmente AAVV., *Relaciones laborales y empresas de trabajo temporal*, Laborum, 2003, pág. 404 y ss.

mente está en la raíz del voto en contra en el Congreso de los dos grupos nacionalistas— pudiera parecer sorprendente, al menos en un principio. Pero creemos que, en realidad, es la simple consecuencia de la enorme centralización que ha experimentado en estos últimos años la negociación colectiva de este sector y de la realidad ya existente a la que se quiere hacer referencia. No obstante, quizás sería conveniente resaltar que, en la medida en la que creemos que esta posibilidad existía antes incluso del art. 9 LSC, y que de hecho, esté lo único que parece hacer es habilitar lo ya permitido de forma general, tampoco consideramos, en definitiva, que existiera impedimento alguno en el desarrollo de este tipo de figuras en convenios sectoriales de otros ámbitos territoriales inferiores, siempre respetando las reglas de conflicto previstas en los art. 84 y 83 ET y que al menos en mi opinión, en este caso concreto el art. 9 LSC no viene a alterar.

3.3. Nuevas exigencias a las empresas

En estrecha relación, tanto con las posibles causas de siniestralidad, como con la reciente reforma del art. 43 ET, los art. 4, 6 y 7 LSC establecen ahora, como un segundo grupo normativo, unos nuevos requisitos organizativos, preventivos, formales y registrales destinados ahora a las empresas que actúen en este campo de la subcontratación en la construcción, aunque como veremos, no siempre los destinatarios ni las consecuencias de sus incumplimientos serán idénticos.

En cualquier caso, es importante destacar, ya desde un principio, que a diferencia de lo que sucedía en el texto originario de la Proposición de Ley, el texto definitivo de la LSC no hace distinción alguna en función de si la subcontratación se realiza en el sector público o en el campo privado, siendo, seguramente, bastante menos riguroso, no ya sólo que la Proposición original, sino incluso que el texto alternativo propuesto por el Partido Popular a la hora de constatar previamente la presencia o no de tales requisitos. Pero vayamos nuevamente por partes.

3.3.1. *Requisitos organizativos (I): la existencia real de una organización productiva, la ausencia de cesiones ilegales y de falsos autónomos*

En este contexto, y de forma similar a lo que aconteció con el AMCE y sus posterior transposición en el RDL 5/2006⁹⁹, el art. 4.1 LSC comienza

⁹⁹ Sobre esta reforma, por todos, J.R. MERCADER UGUINA, «La nueva noción de la cesión de trabajadores prohibida», en AAVV., *La reforma laboral de 2006*, cit., pág. 155 y ss.; M.L. PÉREZ GUERRERO, M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Descentralización productiva y reforma laboral», original impreso de próxima publicación en *Temas Laborales* (en prensa).



por establecer, en primer lugar, tres requisitos acumulativos, destinados a cualquier empresa que pueda intervenir en el proceso de subcontratación en el sector de la construcción —con independencia, por tanto, de su carácter o no habitual en las mismas— y que, en esencia, se limitan a incorporar y dotar de rango legal a la conocida doctrina de nuestro Tribunal Supremo en torno a la existencia o no de cesión ilegal de trabajadores ¹⁰⁰; una doctrina ciertamente casuística y destinada a distinguir esta cesión ilegal de la contrata o subcontrata que, como arrendamiento de empresa, resultan plenamente legítimas en nuestro ordenamiento al ser una manifestación más de la libertad de empresa recogida en el art. 38 CE.

En este sentido, y como es bien sabido, nuestro Más Alto Tribunal vinculó tradicionalmente la cesión ilegal con la idea del «empresario aparente», de tal manera que lo determinante en estos casos era averiguar si nos encontrábamos ante una verdadera y propia empresa o si, por el contrario, debía afirmarse su inexistencia dado que su objeto económico se limitaba, pura y simplemente, al tráfico de mano de obra. A tal fin resultaba determinante comprobar la concurrencia en la misma tanto de medios materiales (instalaciones, oficinas, maquinaria, herramientas), como personales (clara distinción y existencia real de plantillas), económicos (volumen de negocio, prestación de servicios a otras empresas) e incluso, aunque en menor medida, jurídicos (válida constitución, objeto social). Se trataba en definitiva, de conocer si el empresario formal poseía una organización productiva propia, contaba con los medios materiales y personales necesarios ¹⁰¹ y si los utilizaba para el desarrollo de su actividad productiva, asumiendo directamente los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de su actividad material.

Pues bien, son en realidad estos dos últimos criterios los expresamente recogidos en las letras a) y b) del art. 4 LSC, estrechamente relacionados, por tanto, con el nuevo art. 43.2 ET, y que no habrían venido sino a concretar en este específico ámbito una doctrina general ya tradicional y plenamente asentada.

Pero en segundo lugar, resulta igualmente necesario recordar como el Tribunal Supremo, desde su conocida Sentencia de 19 de enero de 1994 ¹⁰², comenzó igualmente a sostener que la existencia real de una empresa no era necesariamente un obstáculo insalvable para constatar la existencia de una cesión ilegal prohibida por el art. 43 ET. Esta situación sería así per-

¹⁰⁰ Véanse, por ejemplo, las coincidencias casi literales entre el tenor literal del art. 4.1 LSC y los requisitos de las SSTs de 14 de septiembre de 2001 (RJ 582) y 17 de enero de 2002 (RJ 3755).

¹⁰¹ Véanse, por ejemplo, las SSTs 7 de marzo de 1988, (RJ. 1863), de 17 de enero de 1991 (RJ. 58) o, por poner un último ejemplo, la STS 11 de octubre de 1993 (RJ. 7586).

¹⁰² (RJ. 352).

ceptible en aquellos casos en los que, aún cuando la empresa cedente tuviera una actividad y una estructura empresarial propias, la misma no pusiera en juego tal organización y medios propios para el desarrollo de la contrata, limitándose a suministrar la mano de obra necesaria para la ejecución del servicio íntegramente concebido y puesto en marcha por la empresa contratante ¹⁰³. Y seguramente a esta segunda idea responde el art. 4.1.c) LSC al señalar como requisito, no ya sólo en general, sino sobre todo en la ejecución de la propia contrata o subcontrata —lo que veremos no deja de plantear interrogantes en relación con la «acreditación»—, que la empresa ejerza directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores.

En relación con estas exigencias poco cabe añadir, ya que, en realidad, se limitan, al menos a mi juicio, a concretar en este sector de actividad, las exigencias antes impuestas jurisprudencialmente, y ahora básicamente incorporadas al art. 43.2 ET. Si acaso señalar, en primer lugar, que, obviamente, la organización productiva propia, centrada básicamente en la existencia de un patrimonio propio, un domicilio social también propio, una organización empresarial con servicios y medios productivos propios, así como un equipo de mandos propio —pudiendo, considerarse como un indicio más otros factores como prestar servicios de forma regular a otras empresas distintas ¹⁰⁴— no impiden —como recuerda implícitamente el art. 5 LSC— la existencia plenamente legítima de subcontratas cuya organización productiva «puesta en uso en la obra» «consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, utilizando equipos de trabajo propios que no excedan de herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles». Este tipo de contratas son legítimas siempre que la empresa exista realmente ejerza realmente sus poderes de organización y dirección. De ahí que esta peculiaridad tan sólo provocaría, como ya hemos visto, la limitación a supuestos de fuerza mayor de las posibilidades lícitas de subcontratación.

Y en segundo lugar, que en estos casos, las consecuencias de este incumplimiento serían básicamente la aplicación del art. 43 ET como se deduce, implícitamente, del art. 7.3 LSC, y, obviamente, del conjunto o batería de sanciones administrativas o incluso penales —art. 8.2 LISOS, art. 312 C.P.— ligados a esta infracción e incumplimiento.

Por contra, creemos que si lo que se incumple es la exigencia, también impuesta por el art. 4.1c LSC de que el autónomo ejecute el trabajo con autonomía y responsabilidad propia, las consecuencias serían simple y lla-

¹⁰³ Véanse, por ejemplo, las STS 16 de febrero de 1989 (RJ 1989\874), 19 de enero de 1994 (RJ. 352) 12 de diciembre de 1997 (RJ. 9315), 14 de septiembre de 2001 (RJ. 582) y 16 de junio de 2003 (RJ. 7092).

¹⁰⁴ Véase, por ejemplo, la STS 11 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7586).



namente el reconocimiento de la relación laboral, integrando este falso autónomo dentro de la empresa en cuyo ámbito de organización y dirección se habría ya integrado materialmente ¹⁰⁵.

3.3.2. *Requisitos organizativos (II): los porcentajes mínimos de trabajadores indefinidos*

En segundo lugar, y tratando seguramente de luchar contra la alta tasa de temporalidad que, como ya hemos señalado, suele identificarse igualmente como causa de la peculiar siniestralidad en este sector de actividad, el art. 4.4 LSC establece la obligación de aquellas empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción —y, por tanto, no para aquellas otras cuya participación sea puntual— la necesidad de contar, en los términos que se determinen reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados con carácter indefinido que no será inferior al 10% durante los dieciocho primeros meses de vigencia de la Ley, al 20% durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30% a partir del trigésimo séptimo, inclusive.

En relación con esta norma, y a la espera de su desarrollo reglamentario, lo primero que sorprende es que este requisito se exija, al menos en principio, y a la espera de lo que disponga su futura norma de desarrollo, para el conjunto de los trabajadores de cada empresa. Y ello porque el problema de la temporalidad es especialmente acuciante en el segmento de la plantilla que desarrolla su actividad en la obra y no en los servicios centrales, de proyección o de gestión. Es en éste colectivo en donde se centra la ligazón entre temporalidad y siniestralidad. De ahí que se corra el riesgo, sobre todo en las grandes empresas, de que estos nuevos requisitos legales se concentren en el segmento de mano de obra que no presta servicio en el tajo, reduciendo por tanto, su eficacia y finalidad. Seguramente hubiera sido bastante más razonable exigir este porcentaje en aquella parte de la plantilla que presta servicios en las propias obras, lo que no sólo hubiera producido un impacto similar —y no como ahora, seguramente desigual— entre pequeñas y medianas empresas en el sector de la construcción, sino que además, hubiera dotado de una mayor importancia a este requisito en un sector que, en su conjunto, no supera una tasas de temporalidad del 60% según los datos que aporta la EPA.

¹⁰⁵ Algunos ejemplos de estos falsos autónomos en la doctrina de nuestros Tribunales pueden consultarse en nota 13.

En cualquier caso, resulta evidente la trascendencia de la norma reglamentaria a la que se remite el precepto, en la medida, en la que, por ejemplo, deberá resolver problemas básicos como la forma de fijar esta «habitudinalidad»; qué sucede o cómo se articulan estos porcentajes en plantillas muy cortas, de menos de diez trabajadores; si dicho porcentaje debe ser permanente o debe ser la media en un cierto lapso temporal; como son computados a estos efectos los trabajadores temporales para calcular el volumen total de la plantilla sobre el que, a su vez, se calcule este porcentaje; o, por poner un último ejemplo, como deben computarse los trabajadores a tiempo parcial, con jornada ordinaria muy reducida. Y todo ello, claro está, sin olvidar las consecuencias de este incumplimiento que, al menos a nuestro juicio, tan sólo generaría la responsabilidad administrativa —laboral y no de prevención, obsérvese— prevista en el nuevo art. 8.16 LISOS, sin que en principio tuviera repercusión alguna sobre cada una de las relaciones individuales temporales presentes en ese momento en la empresa.

3.3.3. *Requisitos preventivos*

En tercer lugar, el art. 4.2 LSC establece igualmente, para cualquier empresa que pretenda ser contratada o subcontratada para trabajos de una obra de construcción, la obligación de acreditar, no sólo que disponen de recursos humanos en su nivel directivo y productivo que cuenten con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, sino también que ostentan una organización preventiva adecuada a la Ley 31/1995. Y todo ello, obsérvese, no ya sólo para la realización de obras de especial peligrosidad como parecía deducirse de la enmienda núm. 131 del Grupo Socialista, de donde sin duda procede la redacción final de este precepto ¹⁰⁶.

Evidentemente poco cabe comentar en relación con la exigencia de una organización preventiva adecuada, que era obligatoria como consecuencia de las exigencias de la LPRL. Seguramente con esta referencia se quiere hacer mención, como mínimo, a la existencia en cada empresa de una modalidad adecuada conforme a las previsiones del Capítulo III—art. 10 y siguientes— del RD 39/1997, así como a la presencia de recursos preventivos del art. 32.bis LPRL. Y todo ello teniendo en cuenta que, por lo que se refiere a los subcontratistas de propia actividad, el art. 10 RD 171/2004 ya obligaba a cada subcontratista a acreditar a sus comitentes otros aspectos como son la formación, información, evaluación y planificación de la actividad preventiva, del mismo modo que el contratista también estaba —y,

¹⁰⁶ BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-34 de 23 de diciembre de 2005, pág. 117.



obviamente, sigue estando— obligado a comprobar que dichos contratistas y subcontratistas han establecidos los medios necesarios de coordinación. Si acaso, y en relación con este punto llama la atención que el legislador no haya utilizado la posibilidad que le brindaba esta nueva norma para fomentar o intentar al menos limitar la generalizada externalización de la actividades preventivas que se ha producido en nuestro país a lo largo de estos últimos diez años —y que, por cierto, no parece responder ni a la letra ni al espíritu de la Directiva Marco—.

Seguramente desde esta última perspectiva debe analizarse la referencia a la necesidad de acreditar la disponibilidad de personal en su nivel directivo y productivo que cuenten con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales. Y es que sin dicha formación —por ejemplo, la prevista en el Anexo III CCGSC para gerentes de empresa— difícilmente podría realizarse realmente una integración y una planificación de la actividad preventiva dentro de la empresa en línea con la reciente reforma del RD 39/1997 operada por el RD 604/2006 de 19 de mayo. Y ello porque como recuerda el nuevo art. 1 RD 39/1997, la integración de la actividad preventiva en la empresa exige esta misma integración en todos los niveles jerárquicos de la empresa, e implica la atribución a todos ellos —así como la asunción por los mismos— de la obligación de incluir la prevención en cualquier actividad que realicen y en todas las decisiones que adopten. Cuestión distinta es el diferente impacto que esta misma exigencia supondrá para pequeñas y para grandes empresas. Pero esta impacto desigual, como ya hemos visto, es uno de los elementos característicos de buena parte de esta LSC.

3.3.4. *Requisitos registrales: la acreditación y el registro de empresas acreditadas*

En cuarto lugar, los art. 4 y 6 LSC establecen, como requisitos necesarios y previos para todas aquellas empresas que pretendan ser contratadas o subcontratadas en trabajos de una obra de construcción, la necesidad, en primer lugar, de «acreditar» el cumplimiento de los requisitos empresariales antes mencionados, salvo del de plantilla indefinida mínima —exclusión ésta cuya única justificación posible consistiría en que esta exigencia tan sólo parece imponerse a las empresas que «habitualmente» desarrollen esta actividad y no a todas, como los otros dos requisitos antes mencionados— y, en segundo lugar, de registrarse en el denominado «Registro de Empresas Acreditadas» regulado definitivamente en el art. 6 LSC.

En relación con ambos aspectos, lo primero que quizás convenga resaltar, al menos a mi juicio, es la notable oscuridad e indeterminación que

se detecta, sobre todo en este punto, en el texto final de la Ley¹⁰⁷. Y es que si en general, el peculiar origen de la norma y las importantísimas modificaciones introducidas durante su tramitación parlamentaria han producido algunas asimetrías que dificultan en ocasiones su interpretación, estas mismas dificultades interpretativas, estas mismas descoordinaciones, se multiplican en este caso, seguramente por el deseo de cohesionar propuestas muy distintas. Y es que este deseo ha sido seguramente el causante de una normativa final que, al menos a mi juicio, no sólo resulta extraordinariamente confusa, sino que, además, parece relativizar e incluso desnaturalizar en buena parte estas exigencias previstas, no sólo en el texto de la Proposición original, sino incluso en la versión alternativa propuesta por el Grupo Popular¹⁰⁸, dando lugar a un resultado confuso y que puede ser objeto de diversas interpretaciones.

Para comprender lo que decimos quizás no esté de más recordar como en ambos textos —Proposición y Enmienda— se contemplaba ciertamente un Registro de Empresas. Pero se hacía de forma muy distinta.

En primer lugar, en el originario Proyecto de Ley, aunque de forma confusa, se establecía, por un lado —art. 6—, un Registro de empresas integradas en el ámbito sectorial de la construcción que básicamente contemplaba cuestiones generales como la denominación, el domicilio, el número de trabajadores, el capital social o el informe de la TGSS declarando que la empresa estaba al corriente de pagos con la Seguridad Social. Y en segundo lugar, una autorización administrativa que tendría validez exclusivamente para cada obra solicitada —art. 5.2 LSC—, concedida por la Dirección Provincial de Trabajo o el órgano autonómico correspondiente, para el que se establecían diversos requisitos¹⁰⁹ y que, aparentemente debería inscribir

¹⁰⁷ Baste recordar, a título meramente anecdótico, la errónea referencia que al principio del art. 6 LSC se realiza «al artículo anterior» que, obviamente, no parece ser el art. 5 sino el art. 4 LSC.

¹⁰⁸ El texto de esta enmienda núm. 80, a la totalidad con texto alternativo en el BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-34 de 23 de diciembre de 2005, pág. 93 y ss.

¹⁰⁹ En la Proposición de Ley estos requisitos para la autorización se centraban en a) disponer de una estructura organizativa que le permita cumplir con las obligaciones que asume como empleador en relación con el objeto social, b) Carecer de obligaciones pendientes de carácter fiscal o de Seguridad Social, c) Garantizar en los términos previstos en la misma proposición el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social, d) No haber sido sancionada con la suspensión de actividad en dos o más ocasiones; e) Garantizar la ejecución completa de la obra subcontratada, excluyéndose expresamente la posibilidad de subcontratar a su vez la totalidad o parte de la misma con una tercera empresa, f) Que dicha ejecución habría de llevarse a cabo, al menos, con una plantilla propia, entendiéndose por tal la que tiene una relación laboral de carácter indefinido con la empresa subcontratista, g) Someter las cláusulas de las relaciones, bien administrativas, bien civiles o mercantiles, derivadas del contrato de ejecución de la obra subcontratada, a lo establecido respectivamente para cada una de ellas en el articulado de aquella Proposición.

igualmente en el mencionado Registro —art. 7.2—. De ahí que pudiera pensarse en dos tipos de inscripciones: una primera, general, de la empresa, y otra segunda, temporal, de las posibles autorizaciones que se le concedieran a cada empresa para realizar concretas obras de construcción.

En cambio, en el texto alternativo del Grupo Popular, el Registro lo era ya sólo, y de forma relativamente clara, para las empresas que hubieran obtenido la previa certificación en materia de seguridad y salud en el trabajo conforme a los art. 4 a 6 de aquel texto alternativo. La «certificación», que ya no autorización, era además concedida a las empresas, parece que para el conjunto de su actividad, o al menos para un determinado tipo de los contratos previstos en aquel texto. Y además, dicha certificación no se otorgaba por el respectivo órgano de la Administración Laboral, sino por una Comisión Certificadora compuesta por representantes de la Administración y de las organizaciones sindicales o empresariales más representativas del sector de la construcción¹¹⁰, cuyas decisiones, por otra parte, podían ser recurridas en alzada ante el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Además, se regulaban expresamente una duración inicial de dicha certificación de dos años, la revisión de dichas certificaciones o incluso la suspensión de la misma.

Sin embargo, lo cierto es que una vez descartada la Enmienda del Grupo Popular, tampoco sobrevivieron, al menos en un primer momento, las previsiones originarias de la Proposición de Ley. Y ello porque el Grupo Parlamentario mayoritario consideró que las exigencias y el procedimiento previsto en la Proposición para obtener la autorización eran «incoherentes con nuestro actual sistema de relaciones laborales» y, por tanto, incompatibles con el «esfuerzo» por «una simplificación de trámites burocráticos, una reducción del intervencionismo administrativo y una mayor y más rápida adaptabilidad de las empresas a las cambiantes circunstancias del mercado»¹¹¹. Todo lo más, en su Enmienda núm. 131, el Grupo Parlamentario Socialista proponía un texto alternativo del entonces art. 5 —hoy art. 4 LSC— que establecía la obligación para todas aquellas empresas que contrataran o subcontrataran obras especialmente peligrosas, de acreditar tanto la formación adecuada en prevención de riesgos laborales —tanto en su nivel directivo como productivo—, así como que también disponían de una

¹¹⁰ Los criterios que debían ser tenidos en cuenta serían los medios materiales y personales propios y ajenos con los que cuente la empresa para el cumplimiento de las medidas obligatorias en materia de seguridad y salud en las obras de construcción y en relación con el número de trabajadores que tengan directamente a su cargo y el volumen anual de negocio de la empresa.

¹¹¹ Véase la Motivación de la Enmienda núm. 121, de supresión, del Grupo Socialista BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-34 de 23 de diciembre de 2005, págs. 113-114. Igualmente véanse las sucesivas enmiendas 122y 123 del mismo Grupo Socialista.

organización preventiva suficiente «en la forma y en los supuestos que se determinen reglamentariamente, así como hallarse inscrita en el Registro de Empresas Acreditadas» que sería igualmente «objeto de desarrollo reglamentario».

Seguramente fruto de esta Enmienda fue el texto presentado en el Informe de la Ponencia¹¹². En él no existía lo que actualmente es el art. 6 LSC¹¹³, si bien el art. 4 era casi idéntico al finalmente publicado en el BOE con la excepción de que la actual referencia al art. 6 LSC en el apartado 2.b) era sustituida por una más genérica referencia a «los términos que se determinen reglamentariamente».

Y, sin embargo, el texto finalmente aprobado por la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, con competencia legislativa plena de conformidad con lo establecido en el art. 75.2 CE, sí que incluía la versión actual del art. 4.2 LSC junto con el actual art. 6 LSC; un artículo que ya sólo sería alterado ya en el Senado, en un aspecto competencial y en relación con la Administración Autónoma competente para su llevanza¹¹⁴, pero que, curiosa o paradójicamente, no establece claramente qué se registrará en el mismo.

En definitiva, y como puede comprobarse, el resultado final de todo este proceso es un texto carente de la necesaria claridad, fruto de posturas y textos ciertamente diferentes, y que sin duda alguna plantea graves incertidumbres, incluso sobre los aspectos esenciales del mismo, dado que en sustancia la regulación definitiva parece proceder de enmiendas transaccionales que tratan de contentar posiciones de partida ciertamente diferentes.

Aun así, y a la espera de un desarrollo reglamentario que gozará de amplia libertad ante la ambigüedad en este punto de la LSC —una ambigüedad por cierto, que no nos resistimos a señalar, quizás haya sido expresamente buscada por los propios interlocutores en su consenso implícito— consideramos necesario, al menos, identificar estas dudas esenciales y plantear ciertas cuestiones que suscita la actual regulación legal.

La primera de estas dudas se centra en el propio objeto de las acreditaciones y del funcionamiento y el objeto mismo de inscripción en este Registro. Y ello porque ante lo genérico de esta regulación cabrían, al menos dos interpretaciones. La primera, considerar que, a semejanza de lo que planteara el Partido Popular, lo acreditación se realizaría de la empresa en su conjunto. Sería ésta en su globalidad la acreditada —a través del curioso procedimiento establecido en el art. 4.2 LSC—, y sería esta misma

¹¹² BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-35 de 4 de mayo de 2006.

¹¹³ En dicho texto, este artículo 6 reflejaba lo que hoy es el art. 7 Deber de vigilancia y responsabilidades derivadas de su incumplimiento.

¹¹⁴ En virtud, de la Enmienda núm. 28 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergencia y Unió. Véase en BOCG. Senado Núm. 14 (c), de 19 de junio de 2006.



acreditación general, la que se inscribiría en el registro de empresas ya acreditadas conforme al art. 4.2 LSC. La utilización de un participio pasado para calificar y concretar el objeto de este Registro, así como el hecho de que determinados requisitos del art. 4.2 LSC parezcan referidos a la empresa en su totalidad, sobre todo por lo que se refiere a la formación en materia preventiva en su nivel directivo y productivo, así parecerían indicarlo.

Pero, con todo, esta interpretación plantea varios interrogantes. De hecho, se ajusta mal con el propio contenido de algunos preceptos de la propia ley. Sobre todo, porque basta un mero repaso del objeto de lo que debe ser acreditado según el art. 4.1 y.3 LSC para constatar como mucho de lo que se ha de acreditar no está referido a la empresa en su conjunto, sino a la actividad que la misma desarrolla en cada obra en concreto. Así se percibe en relación con la utilización de la organización productiva propia utilizada «para el desarrollo de la actividad contratada» o en lo relativo al ejercicio directo de las facultades de organización y dirección «sobre el trabajo desarrollado en la obra». Es más, la conexión de estos requisitos —en algún caso literal— con la Proposición de Ley y su absoluta diferencia con los criterios generales a los que hacía referencia el texto alternativo del Partido Popular parecen indicarnos que la «resurrección» del art. 6 LSC como artículo dedicado al Registro, es la resurrección del art. 6 de aquella misma Proposición de Ley original, diferenciando por tanto un registro que lo sería de todas las empresas integradas en el ámbito del sector de la construcción que podrían ser objeto de acreditación y, en un segundo momento, de cada una de las acreditaciones para cada una de las obras contratadas o subcontratadas. Seguramente sería ésta la razón por lo que otros preceptos como el art. 7 LSC o los nuevos art. 12.27.a) o 12.28.c) LISOS distinguen claramente el deber de acreditar y el inscripción en el registro correspondiente. Y es que tampoco debemos olvidar que el origen de las acreditaciones, como ya hemos señalado, no era en su tramitación parlamentaria para las empresas sino para determinadas obras de especial peligrosidad.

Sea como fuere, lo cierto es que, al igual que ocurre con los Servicios de Prevención, la Autoridad Laboral competente para la llevanza de este Registro público y, por tanto, para la inscripción, sería la del territorio de la Comunidad Autónoma donde radicase el domicilio social de la empresa, previéndose igualmente que el desarrollo reglamentario abordase no sólo el contenido, la forma y los efectos de la inscripción de dicho registro, sino también el sistema de coordinación de los distintos registros autonómicos, ya que, obviamente, la inscripción autonómica tendrá «validez» o eficacia para todo el territorio nacional. Y todo ello, claro está, sin perjuicio de que, de ser esta la interpretación asumida, la declaración a la que se hace referencia en el art. 4.3 LSC seguramente lo debería ser ante el registro establecido en la Comunidad Autónoma con competencia sobre el territorio en donde se

desarrolla la concreta obra. De ahí la importancia de los sistemas de coordinación que en este punto debieran desarrollarse entre los distintos registros autonómicos.

En cualquier caso, y asuma la opción que asuma el esperado reglamento, de lo que no cabe duda es de que —pasando a otra cuestión— la acreditación de la que se habla es sustancialmente diferente tanto de la anterior autorización como de la en su momento postulada certificación. E incluso si se nos apura, también es diferente, a expensas nuevamente de su desarrollo reglamentario, del concepto habitual de acreditación. Y ello porque normalmente por acreditación suele entenderse el acto a través del cual, y con base en un proceso previo de evaluación, un Poder Público o, sobre todo, una Agencia, dan testimonio sobre la calidad o la superación de una serie de criterios por parte de programas, instituciones, productos, empresas o personas. Acreditar significaría así un reconocimiento experto, por parte de un tercero, de que se cuenta con los requisitos necesarios para realizar una prestación de servicio determinada y con la calidad convenida. De ahí que en estos casos, junto a normas sobre acreditación y una referencia de los elementos mínimos —conocida o cognoscible por el que solicita dicho acto— deba existir siempre un acreditador independiente respecto del acreditado que analice e investigue el cumplimiento en cada caso de los elementos exigidos para la acreditación.

Pues bien, paradójicamente, es esto, precisamente lo que parece haber desaparecido de la actual regulación legal, a la espera, claro está, de su esperado y necesario desarrollo reglamentario. Y ello porque de acuerdo con el art. 4.3 LSC la acreditación parece haber quedado limitada a una mera declaración suscrita por el representante de la propia empresa y formulada ante el Registro de Empresas Acreditadas establecido en el art. 6 LSC. De acuerdo con dicho precepto estas empresas contratistas y subcontratistas acreditarán el cumplimiento de los requisitos antes establecidos —salvo el de plantilla fija mínima— mediante «una declaración suscrita por su representante legal formulada ante el Registro de Empresas Acreditadas», sin que en principio se prevea legalmente control material alguno por parte de un tercero independiente como hubiera podido ser, por ejemplo, la FLC. Bastaría para comprender lo que decimos, con comparar este sistema con el aún previsto en los art. 34 y 25 y ss. de la todavía en estos momentos vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas RDLeg. 2/2000, de 16 de junio.

Es cierto que las respectivas normas sancionadoras incorporadas a la LISOS parecen querer dar cierta capacidad de actuación al reglamento en este punto —*vid.* art. 12.27.a), 12.28c), 13.15.a) y 13.15.b LISOS— al tipificar como infracción el incumplimiento de este deber de acreditar, *en la forma establecida legal o reglamentariamente*. De ahí que cupiera al menos postular que el futuro desarrollo reglamentario pudiera incorporar una



mínima exigencia documental para permitir la validez de dicha acreditación —por ejemplo, mediante la certificación de cursos de formación en mandos directivos, concierto de actividades, auditoría de servicios de prevención propios, presencia de recursos preventivos en la obra... etc.—. Pero el rigor de la cláusula establecida en el art. 4.3 LSC parece dificultar esta posibilidad, que además, difuminaría la conveniente separación entre las funciones de control —art. 4 LSC— y las del registro que hubieran debido ser de mera publicidad —art. 6 LSC—. Y todo ello sin olvidar que incluso admitiendo esta interpretación, este «control» administrativo en el momento del registro, se limitaría básicamente a una nueva exigencia documental en una materia como ésta que presenta como una de sus principales lacras, el cumplimiento meramente formal y documental de muchos de estos deberes preventivos.

En este contexto, creemos que si el cumplimiento por el empresario de estas obligaciones concretas en cada obra no va a ser testado por un tercero independiente de forma material y no meramente formal, poco sentido tiene todo este aparato administrativo que parece destinado a justificar formalmente la omisión de uno de los mecanismos más importantes previstos en la Proposición de Ley. Más aún cuando de forma sorpresiva, ni se prevé la duración de esta acreditación, ni se señala, por ejemplo, las consecuencias de la pérdida previa o sobrevenida de estos requisitos o los efectos que sobre la misma tendría el reconocimiento judicial de la inexistencia de los requisitos básicos exigidos. De hecho, la DA 1 LSC tan sólo prevé como infracción administrativa grave en materia preventiva, tanto de los contratistas como de los subcontratistas, el incumplimiento del deber de acreditar que dispone de recursos humanos, tanto en su nivel directivo como productivo, que cuentan con la formación necesaria y que dispone de una organización preventiva adecuada —nuevo art. 12.27.a. 12. 28.c) LISOS— que será incluso muy grave cuando se trate de trabajos con riesgos especiales conforme al RD 1627/1997 —art. 13.15.a y 13.16.a) LISOS—. Y ello plantea la duda de las consecuencias jurídicas, no sólo en el plano sancionador, sino incluso en el registral y, sobre todo, en relación con las posibles responsabilidades de terceros que contrataron con esta empresa confiados en la apariencia registral, de la falsedad en la declaración suscrita por el representante. Pero sobre ello volveremos inmediatamente.

Por ahora tan sólo nos gustaría resaltar, para finalizar este excesivamente largo apartado, que esta normativa tampoco es aplicable ni exigible a los promotores ¹¹⁵, centrándose nuevamente tan sólo en constructores y subcontratistas.

¹¹⁵ De la misma manera que es dudoso si se aplica o no a los autónomos. A mi juicio, el término empresa es utilizado en el art. 4.4 LSC de una manera económica, separándolo del

3.3.5. *El deber de vigilancia y las consecuencias de los posibles incumplimientos*

Por último, y como cierre de todo este proceso, el art. 7 LSC establece, en primer lugar, la obligación de las empresas contratistas y subcontratistas —y, creemos, también ha de entenderse que el autónomo que excepcionalmente subcontrate— de vigilar el cumplimiento, por parte de las empresas subcontratistas con las que contraten, de las obligaciones de «acreditación y registro».

Sin poder detenernos mucho más en este apartado, parece razonable considerar que al contratista o subcontratista le bastará con comprobar la inscripción del correspondiente subcontratista en el Registro de Empresas Acreditadas y de la declaración a la que se refiere el art. 4.2 LSC, sin necesidad, por tanto, de comprobar en cada caso concreto el cumplimiento de las condiciones materiales que la ley establece para dicha acreditación. Y ello porque, aunque seguramente sería preferible desde una óptica preventiva exigir dicho control —que debería unirse al establecido en el art. 10 RD 171/2004 y a la vigilancia sobre los topes de subcontratación establecidos en el art. 5 LSC—, esta interpretación privaría seguramente aún más de justificación la propia existencia del Registro como instrumento de seguridad jurídica.

En segundo lugar, el art. 7 LSC establece igualmente, la obligación de las empresas subcontratistas —y, a nuestro juicio, también en su caso del autónomo— de comunicar o trasladar al contratista, a través de sus respectivas empresas comitentes, toda la información o documentación que afecte a estos deberes. Obsérvese que la DA 1 LSC no ha introducido en este caso ningún tipo administrativo específico que sancione esta omisión más allá del ya mencionado en otro apartado de este trabajo, y centrado —como ya hemos indicado— en no comunicar los datos que permitan al contratista llevar al día el Libro de Subcontratación.

Ya por último, y como instrumento de cierre, se establecen dos tipos de responsabilidades. En primer lugar, y por lo que se refiere a la responsabilidad administrativa, la DA 1.^a LSC conserva también en este punto el esquema ya comentado anteriormente que, huyendo de fórmulas de responsabilidad solidaria ciertamente criticables en este punto, imputa a cada sujeto

concepto de empleador. Se trataría de toda organización productiva de bienes materiales e inmateriales destinados a prestar servicios, a realizar obras o a dar y colocar algo en el mercado. Y desde esta perspectiva, ligada a la finalidad de la propia LSC sí me parece necesario que los autónomos se inscribiesen en dicho Registro, más aún si recordamos como alguno de los aspectos que se acreditan, como el contemplado expresamente en el art. 4.1.c) LSC in fine se refieren expresamente a esta concreta figura.

una responsabilidad independiente por sus propios actos. De este modo, tanto el contratista como el subcontratista serán responsables, cada uno de ellos de forma independiente, de una infracción grave en materia preventiva cuando omitan el deber de acreditar o registrarse, del mismo modo que también lo serán cuando no verifiquen dicha acreditación y registro por los subcontratistas con los que cada uno de ellos contrate —art. 12.27.a) y 28.c) LISOS incorporados por la DA 1 LSC—. Y todo ello, claro está, salvo que estos mismos hechos sean tipificables como infracción preventiva muy grave, lo que acontecerá cuando se trate de actividades con riesgos especiales de los establecidos en el Anexo II RD 1627/1997 —art. 13.15.a) y 13.16.b) LISOS—. En cualquier caso, obsérvese que el mero promotor no aparece como posible responsable administrativo en relación con este concreto tipo, aunque el contratista —con el que estipula el promotor— sí está obligado a acreditar y registrarse.

Y en segundo lugar, el art. 7.2 LSC establece, aunque de una forma ciertamente confusa, que el incumplimiento de la obligación de registrarse y acreditarse provocará la responsabilidad solidaria del contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato por parte del subcontratista incumplidor «cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas». Más allá del ámbito material de esta responsabilidad, que parece extenderse a cuantas consecuencias laborales o de Seguridad Social pudieran derivarse de la ejecución de los contratos de trabajo suscritos por la entidad no acreditada o registrada —incluidas, obviamente las indemnizatorias o, por mencionar una figura compleja, el recargo de prestaciones— para la ejecución de la concreta obra subcontratada, las dudas, al menos a mi juicio, se centran —como ya vimos anteriormente¹¹⁶— en la extensión subjetiva de los responsables solidarios y en la interpretación de esa anfibológica expresión final y que permite dicha extensión «cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas».

Pues bien, comenzando por esto último, la alambicada redacción del precepto pretende, al menos a mi juicio, contemplar tres sujetos responsables. El primero, y directo, sería el subcontratista sin acreditación y/o registro cuya responsabilidad por este incumplimiento tan sólo sería sancionadora-administrativa en los términos antes previstos. El segundo sería el subcontratista con el que en su caso subcontrató, que respondería solidariamente precisamente por haber incumplido su deber de vigilancia. Y el tercero sería el contratista como responsable principal de controlar la legalidad de toda la cadena de subcontratación que con él comienza. De esta manera tan sólo los subcontratistas situados, en su caso, en los escalones intermedios po-

¹¹⁶ Vid. \w \h 3.1.7 \h La responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales y de Seguridad Social.

drían quedar excluidos de esta responsabilidad solidaria, aunque nos remitimos a lo antes dicho sobre la confusa delimitación de los polos subjetivos de esta responsabilidad solidaria ¹¹⁷.

Y ya por último, creemos que la anfibológica referencia legal a la extensión de esta responsabilidad «cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas» podría interpretarse —aunque desde luego suscite dudas— como un deseo del legislador de garantizar esta extensión de responsabilidades con independencia de que entre la actividad de estas empresas se dé o no el requisito de la propia actividad, evitando así que el casuismo de este concepto y el hecho de que una y otra actividad sean o no inherentes tenga repercusión alguna en este mecanismo de garantía de las obligaciones deducidas de aquel primer contrato.

3.4. Normas relativas a la formación y modo de contratación del trabajador

Finalmente, este amplio conjunto de medidas destinadas, en esencia, a mejorar la prevención de riesgos laborales en las contratas y subcontratas de construcción se cierra con dos núcleos normativos que, en estrecha relación con los resultados de la negociación colectiva sectorial estatal, se centran en dos factores ya analizados y que podrían incidir en la siniestralidad en este sector: el nivel de formación preventiva de estos trabajadores, y, en segundo lugar, no ya tanto su temporalidad como una mayor estabilidad y duración de estos contratos. Pero vayamos nuevamente por partes.

3.4.1. *La acreditación de la actividad preventiva de los trabajadores*

Por lo que se refiere a lo primero, el art. 10 LSC viene entablar, nuevamente, esa curiosa relación de reenvío y de aceptación de resultados ya negociados sectorialmente a nivel estatal que hemos visto en otros apartados de este trabajo.

Tras recordar lo que es obvio, la necesidad de formación en materia preventiva recogida desde hace ya más de diez años en el art. 19 LPRL ¹¹⁸, el art. 10 LSC establece —en clara relación con el Anexo III del CCGSC—

¹¹⁷ Véase nuevamente \r \h 3.1.7 \h La responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales y de Seguridad Social.

¹¹⁸ De hecho, y según la V Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo es en las ramas de actividad de Construcción y Metal es donde se encuentran porcentajes más altos de centros de trabajo donde se ha asistido a actividades formativas (85% y 76%, respectivamen-



la posibilidad, en primer lugar, de que a través de este tipo de convenios sectoriales estatales se establezcan programas formativos y contenidos específicos de carácter sectorial, así como para los trabajos de cada especialidad. Si recordamos lo recogido en el punto 3 «Formación», del mencionado Anexo III CCGSC, o la delimitación de contenidos a impartir en relación con gerentes, responsables de obra, técnicos de ejecución, mandos intermedios, delegados de prevención, nivel básico general o nivel específico por oficios, comprenderemos perfectamente la realidad a la que se refiere la norma legal. Poco más cabe pues comentar en unas notas como éstas que se han hecho ya demasiado largas.

Y al menos a mi juicio, esta misma relación es la que cabe apreciar en relación con el art. 10.3 LSC. Y es que en él se remite nuevamente a los convenios colectivos sectoriales y de ámbito estatal, o a una norma reglamentaria, la regulación de la forma de acreditar la formación específica recibida en esta materia por el trabajador, pudiendo consistir esta acreditación en la expedición de una cartilla o carné profesional para cada trabajador, único y válido para el conjunto del sector; del mismo modo que su diseño y ejecución podrían asimismo atribuirse a organismos paritarios creados en el ámbito de la negociación colectiva estatal, en coordinación con la Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo; esto es, la Fundación Laboral de la Construcción —art. 112 CCG Construcción—, que ya en la actualidad inscribe en la cartilla profesional de estos trabajadores los cursos que cada uno de ellos tenga acreditados conforme al Anexo III del tantas veces mencionado CCGSC.

3.4.2. *La recepción legal del contrato fijo de obra*

Finalmente, una última medida, relacionada nuevamente en esta curiosa relación entre Ley y resultados previamente incorporados a la negociación colectiva sectorial estatal —relación ésta que, como ya hemos visto, está presente en múltiples preceptos de esta Ley—, es la incluida en la DA 3 LSC —denominada «Negociación colectiva y calidad en el empleo»— y que consiste, en pocas palabras, en dar un claro pie legal, en despejar todas las posibles dudas sobre la licitud del actual «contrato fijo de obra»; un con-

te), y es en Comercio/Hostelería donde se computa el porcentaje más bajo (51%). El tamaño de plantilla es también una variable diferenciadora, de tal manera que es en los centros de trabajo medianos y grandes en los que con mayor frecuencia alguien ha asistido a este tipo de formación (se supera el 90% de los centros en el intervalo de 50 o más trabajadores). Más información nuevamente en http://www.mtas.es/insht/statistics/5enct_ap.htm

trato éste que, aunque nacido en el campo de la construcción, ha experimentado durante estos últimos años una notable expansión en la negociación propia de otros sectores de actividad cercanos ¹¹⁹.

Como se ha señalado en múltiples ocasiones, en su actual conformación ¹²⁰, esta modalidad contractual es previa a la reforma de 1994 y, por tanto, a la remisión expresa que hizo aquélla a los convenios colectivos en la determinación de la obra o servicio determinado incardinable en el art. 15.1.a) ET. De hecho, esta regulación —que, a grandes rasgos, permite al personal fijo de obra prestar servicios en una empresa y en distintos centros de trabajo de una misma provincia siempre que exista acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos y durante un periodo máximo de tres años consecutivos, ampliable hasta la finalización de los trabajos de su especialidad en la última obra— ya estaba prevista —con algunas diferencias eso sí— en el art. 29 del Convenio General de la Construcción de 1992 y hoy en día aparece contemplado en el art. 28 del vigente CCGSC.

En cualquier caso, lo que sí es evidente es que este peculiar «contrato-programa» ha suscitado en alguna ocasión dudas sobre su naturaleza causal y, por tanto, sobre su legalidad ¹²¹. Y ello aún más cuando durante esos últimos años el Tribunal Supremo ha reiterado en diversas ocasiones, incluso en relación con el contrato de obra o servicio determinado, que las posibilidades de concreción por la negociación colectiva de la obra o servicio no la habilitan para desnaturalizar la contratación temporal resucitando, por ejemplo, modalidades hoy ya extintas como el contrato de lanzamiento de nueva actividad ¹²². De ahí que, aunque en su mayoría, la doctrina de suplicación tendiera mayoritariamente a aceptar esta posibilidad ¹²³, no fueran del todo

¹¹⁹ Vid. J. LÓPEZ GANDÍA, *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 30.

¹²⁰ Sobre la situación anterior, destacando, no obstante, los profundos cambios producidos por el CC General de la Construcción de 1992, G. BARREIRO, F. CAVAS Y J.J. FERNÁNDEZ, «Contratos laborales temporales», *la Ley*, 1993, pág. 50 y ss. En cualquier caso, y como señala R. SÁNCHEZ-MIGALLÓN «La validez del contrato fijo de obra en el sector de la construcción», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2006, núm. 702, seguramente el origen de esta modalidad se encuentra en el art. 43 de la Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica aprobada por la Orden de 28 de agosto de 1970.

¹²¹ Vid. L.M. CAMPS RUIZ, *La contratación laboral temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 25 y ss; M.A. BALLESTER PASTOR, «Notas acerca de la reciente reforma de la contratación temporal estructural», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 1995, núm. 16, pág. 162.

¹²² Véase, por todas, STS 23 septiembre de 2002 (RJ 2003, 704).

¹²³ Por mencionar algunas STSJ de Cataluña de 4 de noviembre de 2004 (JUR 2005, 16584); STSJ de Extremadura de 20 de noviembre de 2002 (AS 2003, 1066) y de la Comunidad Valenciana de 27 de septiembre de 1999 citada por R. SÁNCHEZ MIGALLÓN «La validez...», *ult. op. cit.*.

desconocidas decisiones judiciales que pusieran en duda la legalidad de esta modalidad desde la perspectiva del art. 15.1.a) ET ¹²⁴.

Pues bien, en este contexto la LSC ha optado por dar expresa recepción legal a las posibilidades de adaptación convencional de esta modalidad, con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo y, con ella, su seguridad y salud laboral, en «términos análogos» a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación. Y es que seguramente con esta modalidad lo que se busca no es ya tanto la lucha contra la temporalidad, sino el dotar de una mayor estabilidad temporal a estos contratos temporales, ya que como vimos, esta mayor estabilidad tiende a disminuir la probabilidad de un accidente de trabajo.

Cuestión distinta, y en la que no cabe entrar aquí, es si esta remisión o autorización legal a la regulación convencional sectorial estatal —en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito— era o no necesaria, sobre todo si cada obra o servicio cumplía por separado los requisitos del art. 15.1.a) ET ¹²⁵. A nuestro juicio la reciente STS de 30 de junio de 2005 ¹²⁶ despejaba las posibles dudas sobre la legalidad de esta regulación convencional, señalando únicamente la necesidad de que cada obra sea objeto o bien de concreción en el contrato o de aceptación expresa del trabajador a través del documento hoy contemplado en el Anexo IV del CCGSC. Pero de lo que no cabe duda es que de esta forma se blinda esta modalidad contractual, despejando cualquier incógnita sobre su posible legalidad.

Y todo ello sin olvidar que con esta regulación se aclara además la inaplicación del nuevo art. 15.5 ET ¹²⁷ a las sucesivas alteraciones del lugar de trabajo que puedan producirse dentro del plazo de tres años establecido por el mismo contrato y cuya aceptación por el trabajador, como hemos visto, regula el art. 28 CCGSC. Aunque en un principio pudieran haberse planteado dudas sobre si las sucesivas aceptaciones podrían o no considerarse sucesivos contratos o prórrogas dentro de este contrato programa, que, por lo tanto, podrían activar el mecanismo establecido con el nuevo precepto estatutario, ahora parece clara la existencia de una norma legal específica que habilita la interpretación de acuerdo con la cual se trata de un único contrato de obra o servicio, lo que parece eliminar —al menos durante su

¹²⁴ Véase, por mencionar un ejemplo, la STSJ de Andalucía (Málaga) de 27 de febrero de 2004 (JUR 2004, 133401), confirmada por la STS de 30 de junio de 2005 (RJ 2005, 7791), aunque por fundamentos distintos a los empleados en aquella.

¹²⁵ Sobre la plena legalidad en estos casos de tal modalidad I ALZAGA RUIZ, *La contratación laboral temporal: un estudio jurisprudencial*, EDERSA, Madrid, 2000, pág. 41 y ss.

¹²⁶ (RJ 2005, 7791).

¹²⁷ Sobre el mismo, por todos, J. LAHERA FORTEZA «Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales», en AAVV., *La Reforma Laboral de 2006*, cit., pág. 41 y ss.

vigencia— la concatenación de contratos de la que parte necesariamente la nueva redacción del precepto estatutario ¹²⁸.

4. ENTRADA EN VIGOR

Finalmente, y de acuerdo con la DF 3 LSC la ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE, acaecida el 19 de octubre de 2006, si bien, y de acuerdo con la DT 1 LSC, las normas contempladas en los arts. 4 y 5 —requisitos relativos a la subcontratación y a la empresa— no serán de aplicación a las obras de construcción cuya ejecución se haya iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley en su conjunto. Obviamente, y por relación, parece que esta misma lógica se aplicará en el caso del registro contemplado en el art. 6 LSC.

Este periodo, ciertamente más amplio del que es habitual o incluso del establecido en el art. 2.1 Código Civil, seguramente se debe a la complejidad de algunos de los preceptos estudiados, a la necesidad en otros puntos de un ineludible desarrollo reglamentario, y a la conveniencia, en general, de dar tiempo al propio sector para asumir las nuevas reglas contempladas en la LSC. Y todo ello sin olvidar el futuro proceso de negociación colectiva sectorial estatal, que dada la vigencia del anterior CCGSC, debiera producirse en fecha muy próximas.

En cualquier caso, y ya por último, tan sólo parece necesario recordar que en el caso de las exigencias de una plantilla mínima indefinida, las exigencias son paulatinas, por lo que habrá de esperarse treinta y siete meses desde su entrada en vigor para que la LSC alcance, al menos en este punto, su completa y plena aplicación.

¹²⁸ Obsérvese, no obstante, que no es ésta la única relación no especialmente coordinada entre esta Ley y la reforma operada por el AMCE. Véase, por ejemplo, lo ya señalado en \r \h 3.1.4 \h Documentación de la subcontratación: el Libro de Subcontratación.