

Sin perjuicio de la obligación legal del empresario de garantizar la formación a que se refiere el párrafo anterior, en la negociación colectiva estatal del sector se podrán establecer programas formativos y contenidos específicos de carácter sectorial y para los trabajos de cada especialidad. Se remite, en este sentido, a los artículos 133 a 158 del importante y recién citado Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción 2007-2011.

La negociación colectiva de ámbito estatal puede establecer un sistema de acreditación de la formación recibida por el trabajador en materia de prevención de riesgos laborales siempre que dicho sistema sea único y tenga validez en el conjunto del sector y del territorio nacional. El sistema de acreditación que se establezca, que podrá consistir en la expedición de una cartilla o carné profesional para cada trabajador, pudiendo atribuirse su diseño, ejecución y expedición a organismos paritarios creados en el ámbito de la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal, en coordinación con la Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Se remite, en este sentido, a los artículos 159 a 170 del mencionado Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción 2007-2011.

12. EL CONTRATO DE OBRA EN EL CONVENIO COLECTIVO GENERAL DE LA CONSTRUCCIÓN (LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA DE LA LEY 32/2006)

Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción puede adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación. Se remite, en este sentido, al artículo 20 del citado Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción 2007-2011.

13. RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN EN LAS OBRAS PÚBLICAS (DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA DE LA LEY 32/2006)

Lo establecido en la Ley 32/2006 se aplicará "plenamente a las obras de construcción incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ..., con las especialidades que se deriven de dicha Ley" (Disposición adicional segunda de la Ley 32/2006).

Hay que recordar que, con posterioridad a la Ley 32/2006, se ha promulgado la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE 31 de octubre).

6.- Nuevas obligaciones para el empresario: Calendario de vigencias

Demetrio Vicente Mosquete

NUEVAS OBLIGACIONES PARA EL EMPRESARIO: CALENDARIO DE VIGENCIAS

En otros trabajos incluidos en estos comentarios se abordan, desde distintas perspectivas, aspectos variados de la nueva normativa de subcontratación en el sector de la construcción, como es el caso de las obligaciones formales y documentales, las formativas, la intervención de las Autoridades Laborales y el régimen sancionador.

Sin adentrarnos, por ello, en el análisis de tales aspectos, conviene enfocar este comentario sobre las nuevas obligaciones empresariales derivadas de la novedosa Ley 32/2006, de 18 de octubre (en adelante, LSC) y su normativa de desarrollo contenida en el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto (en adelante, RSC), partiendo del esquema general de la regulación, no sin antes señalar, aunque sea brevemente, el fundamento y la naturaleza de la misma.

En efecto, la Exposición de motivos de la Ley sienta ya la necesidad de establecer una mínima y adecuada ordenación de los procesos de subcontratación como forma de organización productiva tan habitual en el sector de la construcción en los últimos años, en la medida en que, aunque no pueda afirmarse una influencia determinante de la misma sobre la evolución de la siniestralidad laboral del sector, sí parecen admitirse unos efectos negativos asociados al exceso en las cadenas de subcontratación (desvinculados de toda justificación productiva objetiva por razones de especialización o de carácter técnico), en cuanto originan en todo caso una progresiva reducción de los márgenes empresariales de producción, dificultando con ello —cuando no impidiendo, de hecho— las posibilidades objetivas de cumplimiento empresarial de sus deberes laborales básicos, incluidos los de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, así como la calidad de los servicios, y propiciando en no pocas ocasiones la participación en dicho proceso de subcontratación de empresas que carecen de la mínima y necesaria estructura productiva.

La contundencia lógica de estas argumentaciones, unida a la adecuación y proporcionalidad de las medidas de ordenación que establece la Ley sobre estos procesos de subcontratación, avalan la plena constitucionalidad de la misma ante el tratamiento o la consideración conjunta de dos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos como son el principio de libertad de empresa y la protección de la salud y seguridad de los trabajadores, despejando algunas —aunque aisladas— dudas doctrinales al respecto.

Para salvaguardar la necesaria ponderación de ambos principios y derechos, la LSC, desde una perspectiva estrictamente sectorial, y con una finalidad preventiva, establece básicamente tres tipos de cautelas diri-

gidas a la ordenación de los procesos de subcontratación en los aspectos que pueden estar produciendo los señalados efectos negativos para las posibilidades reales y efectivas de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores del sector, y con un régimen de aplicación de tal gradualismo (precisamente por la ponderación y moderación de su regulación) que hace preciso su detenido estudio y clarificación.

Antes de analizar esas cautelas y las correspondientes obligaciones empresariales debidamente ordenadas y clasificadas, y su régimen temporal de aplicación, es conveniente tener en cuenta el ámbito de aplicación de la nueva regulación.

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Por lo ya indicado, estamos ante una normativa de prevención de riesgos laborales, y de carácter estrictamente sectorial.

Ahora bien, en cuanto normativa de prevención, y pese a su denominación por referencia a un sector económico como el de la Construcción, su ámbito de aplicación (y la mayor parte de su terminología jurídica) se proyecta prácticamente sobre el mismo ámbito funcional que la preexistente y subsistente normativa sectorial de prevención de riesgos laborales contenida en el Real Decreto 1627/1997, de 25 de noviembre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción (en adelante, RSSOC).

Con este proceder, entendemos que, además de llevar a cabo un adecuado entronque normativo de esta novedosa regulación, se eliminan o reducen los habituales problemas interpretativos que frecuentemente rodean la entrada en vigor de las normas jurídicas.

No obstante, no cabe pensar en la total eliminación de tales problemas, por dos razones. De un lado, porque, dado su carácter de norma efectivamente limitativa (aunque de forma proporcional y ponderada) del principio de libertad de empresa, la LSC recorta levemente su ámbito de aplicación respecto del establecido por el RSSOC, por cuanto circunscribiéndose al ámbito físico o locativo de las "obras de construcción" (desvinculándose formalmente de los ámbitos referidos al sector de actividad económica de la construcción como tal y de los ámbitos estrictos de la negociación colectiva laboral sectorial), sin embargo la lista de actividades o trabajos a cuyos contratos en régimen de subcontratación se aplica, contenida en el artículo 2 LSC, siendo idéntica a la contenida en el Anexo I del RSSOC (ya de por sí comprensiva de la mayoría de las actividades que se realizan en las obras), tiene —por el contrario— un carácter de lista cerrada y exhaustiva, frente a lo que sucede con aquella del citado Anexo I. Y de otro lado, porque en la terminología utilizada por la Ley, además de la introducción de algunas variantes en cuanto al concepto de contratista (referidas a los casos de Uniones Temporales de Empresa, para excluir su condición de contratistas si no ejecutan como tales la obra; a la asimilación de esta condición a la del promotor que ejecute total o parcialmente la obra con medios propios; y a esa misma asimilación, aunque en este caso sólo a efectos de las obligaciones y responsabilidades derivadas del Libro de Subcontratación al que nos referiremos más adelante, cuando el promotor —salvo que se trate de un cabeza de familia respecto de su vivienda— contrate directamente con trabajadores autónomos, D.A.2ª RSC), se incorporan algunos conceptos nuevos como los de subcontratación o niveles de subcontratación.

Estas novedades, y especialmente la relativa a la lista de trabajos o actividades que dan lugar a la inclusión en el ámbito de la LSC, están originando mayores controversias de las que podría presumirse, generalmente con la intención de sustraerse a estas nuevas obligaciones empresariales, pese a no venir cuestionándose la aplicación del RSSOC, por lo que dichas pretensiones de exclusión frecuentemente carecen de todo fundamento jurídico.

II. LOS REQUISITOS EMPRESARIALES

La LSC introduce por primera vez en el ámbito jurídico laboral para este supuesto de externalización productiva en el sector de la construcción, un régimen de moderada intervención que, en la práctica, viene a suponer la acreditación previa de una serie de condiciones o requisitos empresariales la mayoría de los cuales vienen siendo ya exigidos por la normativa laboral y preventiva vigente a la entrada en vigor de esta legislación específica.

Sin detenernos en el estudio exhaustivo de los elementos de cada obligación (dado su tratamiento en otros trabajos incluidos en estos comentarios), baste indicar que la LSC impone a todas las empresas contratistas y subcontratistas (no a los trabajadores autónomos en el sentido en que se definen en la misma) cuatro requisitos para poder intervenir en el proceso de subcontratación, que analizaremos seguidamente.

II.1 Requisitos de calidad o solvencia de la empresa

Se establecen en el artículo 4.1 de la LSC, y vienen a positivizar los criterios jurisprudenciales consolidados sobre la auténtica contrata o subcontrata por contraposición a la fórmula de externalización de la cesión de trabajadores. No se trata con ello de obligaciones ni de condiciones “nuevas” en sentido estricto. Lo único nuevo en este sentido –como veremos que sucede en otros requisitos– es la obligación de “acreditar” previamente a la participación en la subcontratación que la empresa es una auténtica empresa que está en condiciones de asumir en su totalidad las obligaciones propias de una empresa en su condición de contratista o subcontratista. Más adelante veremos, sin embargo, la relatividad de las formas de acreditación de este requisito, por otra parte, derivada de su propia naturaleza. ¿Cómo acreditar si no, a priori, unas condiciones productivas y técnicas que se exigen con carácter general a una variadísima gama de empresas que participan en las obras de construcción con grados de especialización y de actividad tan variables, y con proyección de futuro en cuanto a su puesta en juego en los distintos contratos que ejecuten?

II.2 Requisitos preventivos

En este caso se establecen en el artículo 4.2.a) de la LSC y, nuevamente, constituyen un elemental compendio de las obligaciones empresariales ya establecidas en la normativa de prevención de riesgos laborales (básicamente, en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y en el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el reglamento de los servicios de prevención). Se trata, en suma, de acreditar previamente que se dispone de una organización preventiva adecuada y de recursos humanos con la formación necesaria en la materia. La única y auténtica novedad –aparte de la obligación de acreditación previa– radica en la exigencia de que esa formación alcance al “nivel directivo”.

Ciertamente la LSC no precisa el alcance de este concepto ni el tipo de formación exigible, pero, precisamente por ello, en uso de la función integradora de la potestad reglamentaria, el RSC ha venido a integrar —entendemos que de forma adecuada y satisfactoria— esta obligación en el espíritu de la legislación preventiva, que está presidido por el principio de integración de la actividad preventiva en la empresa, de forma que, en el artículo 12.4.b), ha definido a este personal como las “*personas que, conforme al plan de prevención de aquella, ejercen funciones de dirección*” (nótese que el referente subjetivo se desvincula del sentido o el tipo de vínculo jurídico del “*directivo*” con la empresa, pudiendo situarse tanto en el ámbito de la titularidad de la empresa, como en el del “*alto directivo*” o el ejecutivo o mando intermedio de la misma), y ha precisado el tipo de formación específica para este personal (“*la formación necesaria para integrar la prevención de riesgos laborales en el conjunto de sus actividades y decisiones*”) y su contenido y duración (10 horas), así como las entidades que podrán impartirla.

II.3 Requisito registral

Este sí es un requisito auténticamente inédito, en la medida en que, siendo un acto instrumental de los dos requisitos anteriores (pues es a través de la inscripción previa de cada empresa en el denominado Registro de Empresas Acreditadas, REA, como se acreditan aquellos), viene a constituir efectivamente la forma de acreditación de aquellos requisitos (de solvencia empresarial y preventivos).

Aunque la configuración legal de la intervención administrativa no alcanza el nivel propio de las autorizaciones (en gran parte por lo ya indicado en el apartado II.1 anterior en cuanto a la naturaleza, generalidad y proyección temporal del primer requisito) y, por ello, la LSC contempla un sistema de autodeclaración empresarial ante el REA, no es menos cierto que la regulación contenida en el RSC en desarrollo de la Ley, establece los suficientes mecanismos de garantía y control, así como de uniformidad e integración territorial, para asegurar la eficacia de este instrumento central de la regulación legal, precisando además de la acreditación documental de los requisitos preventivos, las reglas comunes para la denegación de las inscripciones, sus renovaciones y, lo que es más importante, las posibles cancelaciones de oficio por la no concurrencia de los requisitos legales exigibles.

Uno de los aspectos más importantes de este concreto requisito de inscripción en el REA es el que hace referencia a su función simplificadora de la dinámica empresarial de subcontratación, así como su vinculación con el régimen de obligaciones de vigilancia establecido por el artículo 7 de la LSC en cascada descendente en cada cadena de subcontratación y la nueva responsabilidad laboral, asociada a incumplimientos de las obligaciones de verificación de la acreditación y registro, así como del régimen de subcontratación, completándose por el RSC las condiciones y los efectos de exoneración de esta responsabilidad especial por la obtención de la certificación de inscripción en el REA (en el artículo 6, apartados 3 y 4 del RSC).

El juego combinado de estas obligaciones, responsabilidades y exoneraciones, y el de la moderada intervención administrativa en los actos de inscripción con una suficiente instrumentación de las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en su actividad de control en orden a la eventual cancelación de oficio de aquella, permiten aventurar un suficiente grado de autocontrol en las obras así como de supervisión administrativa.

Sin embargo, las previsiones legales y reglamentarias sobre la entrada en vigor de estas obligaciones, determinan un significativo régimen transitorio que requiere un análisis detenido.

En primer lugar, la LSC ya estableció una *vacatio legis* amplia (de seis meses desde su publicación) para su entrada en vigor y facilitar con ello tanto la difusión y conocimiento por los agentes de la construcción, como la adaptación paulatina de las estructuras productivas y organizativas de las empresas. De esta forma, la LSC no entró en vigor sino hasta el 19 de abril de 2007.

Por otro lado, la Disposición transitoria primera de la LSC establece que *"Lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de esta Ley, en cuanto a los requisitos de los contratistas y subcontratistas y al régimen de subcontratación, respectivamente, no será de aplicación a las obras de construcción cuya ejecución se haya iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la misma"*.

A su vez, el apartado 1 de la Disposición transitoria primera del RSC, tras la imprescindible regulación del régimen jurídico de los Registros de Empresas Acreditadas (en su Capítulo II), viene a diferir la entrada en vigor de la obligación de inscripción de las empresas en el REA y su exigibilidad, hasta transcurridos doce meses de su entrada en vigor (que se produjo el 26 de agosto de 2007), es decir, a partir del 26 de agosto de 2008, sin perjuicio de que puedan solicitarse tales inscripciones de la correspondiente Autoridad Laboral competente antes de dicha fecha pero sólo a partir del momento en que aquella haya creado el correspondiente registro. Ello, sin duda, obedece a la necesidad de desarrollo organizativo previo por parte de las Comunidades Autónomas y a la previsible acumulación de solicitudes ante los registros.

La consecuencia es que esta concreta obligación empresarial de inscripción en el REA sólo será exigible a partir de la indicada fecha del 26 de agosto de 2008, y siempre para las empresas que intervengan en obras iniciadas con posterioridad al 19 de abril de 2007.

No obstante, durante el período que media entre el 19 de abril de 2007 y el 26 de agosto de 2008, aun no siendo exigible el requisito de inscripción en el REA, sin embargo sí lo son –como obligación de acreditación previa– los requisitos de solvencia y preventivos de las empresas (de los apartados 1 y 2.a) del artículo 4 LSC) para aquellas empresas que intervengan en obras iniciadas a partir del 19 de abril de 2007. A tal efecto, y en ausencia del juego acreditativo sintético de la inscripción en el REA, el propio RSC incorpora una regla sobre la forma de acreditar tales requisitos hasta la vigencia de aquella inscripción¹ y que tiene una doble virtualidad: de un lado, para confirmar la obligatoriedad de la acreditación previa de tales requisitos de solvencia y preventivos en las obras iniciadas a partir del 19 de abril de 2007; y de otro, para señalar un procedimiento *"orientativo"* sobre la forma de acreditación. En cierta forma, durante este primer año de vigencia del RSC las empresas comitentes han de asumir el papel que, tras dicho año, corresponderá a las Autoridades Laborales.

II.4 Requisito de calidad en el empleo

Se trata del cuarto de los requisitos empresariales que introduce la LSC, en este caso, con absoluta innovación en nuestro ordenamiento jurídico laboral, dada la proliferación de la temporalidad en la contratación

¹Hasta que se practique la inscripción, las empresas comitentes podrán comprobar el cumplimiento por sus empresas contratistas o subcontratistas de las obligaciones previstas en los apartados 1 y 2 a) del artículo 4 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, adjuntando al contrato de ejecución de obra una declaración suscrita por el empresario o su representante legal relativa al cumplimiento de estos requisitos, así como documentación acreditativa de que la empresa cuenta con una organización preventiva y certificación de que su personal dispone de formación en materia de prevención de riesgos laborales." (Ap.2 Disp. trans. 1ª RSC)

laboral en el sector, si bien lo hace con un carácter muy moderado y tímido, tanto por los niveles de exigencia de contratación indefinida como por el gradualismo de su implantación.

En todo caso, este es un requisito que, por su distinta naturaleza, tiene un régimen jurídico distinto y específico respecto de los tres analizados anteriormente.

La regulación legal parte del artículo 4.4 de la LSC que exige a las empresas contratistas y subcontratistas habituales en las obras de construcción contar con un porcentaje de trabajadores contratados con carácter indefinido no inferior al 10 %, 20 % y 30 %, según una escala que analizaremos posteriormente.

Por su parte, el RSC ha venido a desarrollar el régimen jurídico de este requisito en su artículo 11, en cuanto al concepto de "habitualidad" y al sistema de cómputo de tales porcentajes, y en su Disposición transitoria segunda, en cuanto a su aplicación transitoria.

Sin detenernos en los detalles de esta regulación, que excederían la limitación de este comentario y que se abordan en otros incluidos en esta publicación, interesa destacar que, tratándose de un sistema de cómputo de media móvil simple de los doce meses naturales completos anteriores al momento del cálculo, las empresas afectadas (las "habituales" en la contratación o subcontratación de obras) habrán de considerar a estos efectos el número de días trabajados (concretamente los días cotizados) durante cada mes natural completo, y la relación porcentual entre los trabajados por trabajadores con contrato indefinido y los de la totalidad de la plantilla, para su promedio en un entorno (anterior y posterior) de doce meses naturales completos, aunque el sistema de cómputo reglamentario al término de cada mes natural exige la consideración del promedio de los doce meses naturales completos anteriores. En todo caso, para asegurarse el cumplimiento de esta obligación desde la gestión empresarial, debería considerarse –antes de la finalización de cada mes natural– el estado del promedio calculado como se indicó en los once meses naturales completos inmediatamente anteriores, pues de esta forma en ese último mes pueden compensarse los eventuales déficit de plantilla indefinida, saldándose así cada final de mes el cumplimiento de la media móvil aplicable, y así sucesivamente.

Pero las reglas a aplicar se complican si se considera tanto la configuración reglamentaria de la "habitualidad"² como el régimen transitorio que deriva de la puesta en marcha de esta nueva obligación y de la necesidad de evitar toda retroactividad a la misma³.

En efecto, en primer lugar, la necesaria irretroactividad de la norma, determina que, para todas las empresas y sectores de actividad (que intervengan en procesos de subcontratación en las obras de construcción), se disponga de un período de referencia mínimo de seis meses naturales completos desde la entrada en vigor del RSC (26-8-07), es decir, que en general deberán cumplir con esta obligación a partir del 1-3-08, fecha en la que se promediarán los días trabajados por unos y otros trabajadores y su relación porcentual en los meses de septiembre de 2007 a febrero de 2008, ambos inclusive; tal período de referencia se irá incrementando cada mes natural completo transcurrido en un mes adicional hasta completar los primeros doce meses naturales completos y, a partir del mes de septiembre de 2008, incluido, el período de referencia será el de los doce últimos meses naturales completos.

² El artículo 11.2 del RSC dispone: "A efectos de lo dispuesto en este artículo, se entenderá que una empresa contratista o subcontratista es contratada o subcontratada habitualmente para trabajos en obras de construcción cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que se dedique a actividades del Sector de la Construcción. Si se tratara de empresas de nueva creación, y salvo que concurren los supuestos previstos en el artículo 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, deberán cumplir lo previsto en este artículo una vez transcurrido el sexto mes natural completo del inicio de su actividad.

b) Que durante los doce meses anteriores haya ejecutado uno o más contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, cuya duración acumulada no sea inferior a los seis meses."

³ Conforme a lo previsto en el apartado 1 de la Disp. trans. segunda RSC: "Durante los doce meses siguientes a la entrada en vigor de este real decreto, para el cómputo del porcentaje mínimo de trabajadores contratados con carácter indefinido se tomarán como período de referencia los meses naturales completos transcurridos desde la entrada en vigor hasta el momento del cálculo, aplicando las reglas previstas en el artículo 11.3 en función del número de días que comprenda el período de referencia. En todo caso, el período de referencia no podrá ser inferior a seis meses naturales completos."

Y, en segundo lugar, esta misma regla de cálculo se aplicará a las empresas dedicadas a actividades del sector de la construcción que sean de nueva creación, si bien iniciándose el período de referencia desde el inicio de la actividad (siempre a partir del mes de septiembre de 2007) y con un mínimo de seis meses naturales completos.

En cuanto a las empresas no pertenecientes propiamente al sector de la construcción que operan en las obras de construcción, vendrán obligadas al cumplimiento de los porcentajes de plantilla indefinida a partir del momento en el que acumulen al menos seis meses (en este caso, no computados por meses naturales, sino por días) en un período de los doce meses naturales. Es decir, aquellas empresas que desde el 26-8-07 lleguen a acumular seis meses de actividad en obras de construcción, deberán también cumplir con esta obligación, tomando como período de referencia los últimos doce meses naturales completos o los inferiores transcurridos a partir del 1-9-07. Por tanto, opera también la misma fecha general de exigencia (o de posible cómputo) del 1-3-08, aunque puede situarse en cualquier otra fecha posterior en la que concurra en la empresa la indicada "habitualidad".

Resumiendo, desde el 1-3-08 podrá comenzarse a exigir (normalmente por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social) a unas u otras empresas que operen en las obras de construcción la justificación del cumplimiento de disponer de un 10 % de trabajadores con contrato indefinido, si bien, en las de nueva creación que se dediquen a actividades del sector de la construcción, el período de referencia para el cálculo no será inferior a los seis meses naturales completos desde el inicio de su actividad, y para las restantes empresas, sean o no de nueva creación, la exigencia del cumplimiento está condicionada a la habitualidad en obras de construcción.

III. LOS LÍMITES DE LA SUBCONTRATACIÓN

La segunda línea de actuación de la LSC, en este caso con mayor originalidad, se proyecta sobre la ordenación y racionalización de las cadenas de subcontratación, aunque nuevamente con prudencia, moderación y coherencia, en la medida en que únicamente se proscribe la subcontratación excesiva e injustificada.

Así, se establece un régimen general incondicionado de hasta tres niveles de subcontratación en vertical⁴ (que comprende al contratista, al primer subcontratista, al segundo subcontratista y al tercer subcontratista), si bien se permite la ampliación excepcional en un nivel adicional en supuestos objetivables tasados en la Ley (razones de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción y circunstancias de fuerza mayor, todos ellos fortuitos y debidamente justificados), para los que se prevé un control directo e interno de la obra a través de la Dirección facultativa de la misma, y un eventual control externo e indirecto de la Autoridad Laboral y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Pero junto a tal régimen general, y ante situaciones objetivamente diferentes, la LSC establece un régimen especial para los supuestos de las empresas "intensivas en mano de obra"⁵ y para los trabajadores autónomos (sin emplear trabajadores por su cuenta), régimen que supone la prohibición de subcontratar (cualquiera que sea el nivel en el que intervengan en el proceso de subcontratación), salvo para la ampliación (desde su posición) en un nivel adicional excepcional en supuestos de fuerza mayor. Objetivamente en estos dos supuestos, la necesidad de subcontratación ordinaria no parece encontrar fundamentos de especializa-

⁴ La LSC no establece limitación alguna sobre la subcontratación "en horizontal".

⁵ "subcontratistas, cuya organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, entendiéndose por tal la que para la realización de la actividad contratada no utiliza más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, aunque cuenten con el apoyo de otros equipos de trabajo distintos de los señalados, siempre que éstos pertenezcan a otras empresas, contratistas o subcontratistas, de la obra." (Artículo 5.2.f) LSC)

ción de trabajos u otras circunstancias de carácter técnico, cuando el objeto del contrato adjudicado tiene un componente esencial (“fundamental”) de aportación de mano de obra, por lo que, entendemos que acertadamente, la Ley de esta forma impedirá las no infrecuentes meras interposiciones empresariales o cesiones de mano de obra en las obras de construcción, que cabe situar en la raíz de los peores efectos de los excesos de subcontratación sobre las condiciones de trabajo.

El régimen transitorio de estas limitaciones nuevamente se presenta con perfiles de moderación, pues a la ya referida *vacatio legis* de la LSC se añade una disposición transitoria (la primera) que prescribe que las mismas sólo serán aplicables a las obras de construcción cuya ejecución se haya iniciado a partir de la entrada en vigor de la Ley, es decir, desde el 19 de abril de 2007.

IV. LOS MECANISMOS DE TRANSPARENCIA DE LA SUBCONTRATACIÓN

En este grupo de cautelas (que constituyen el tercer eje de la regulación) cabe considerar incluidas, tanto los nuevos derechos de participación de los representantes de los trabajadores (fundamentalmente informativos) como, sobre todo, el nuevo instrumento de conocimiento de la estructura de subcontratación de las obras.

En cuanto a los primeros, básicamente se recogen en el artículo 9.1 LSC, para establecer el derecho de tales representantes de todas las empresas que intervengan en la ejecución de la obra a ser informados de las contrataciones y subcontrataciones que se realicen en la misma. Por su parte, el RSC, en su regulación sobre el Libro de Subcontratación, vendrá a articular adecuadamente los flujos informativos a este respecto, residenciando la obligación informativa antes referida en cada contratista respecto de los representantes de los trabajadores de las empresas de sus respectivas cadenas de subcontratación⁶. A ello se añaden los derechos de acceso al Libro o Libros de Subcontratación a los que nos referiremos a continuación. En todo caso, cabe recordar que estas obligaciones informativas no sustituyen, sino que se superponen, a las derivadas de la normativa general, laboral y preventiva.

En cuanto al instrumento de conocimiento formal de los procesos de subcontratación, la LSC instituye el Libro de Subcontratación que regula fundamentalmente en su artículo 8 y que se desarrolla en el Capítulo IV del RSC.

Este instrumento está destinado a introducir claridad y seguridad sobre la real estructura de producción de las obras de construcción, como elementos que constituyen la primera premisa para la garantía de cumplimiento, no sólo de esta legislación específica, sino de la normativa de prevención de riesgos laborales, desde el punto de vista de las evidentes necesidades de coordinación y control de las condiciones de seguridad y salud.

Otros comentarios de esta publicación se centran sobre esta obligación (que corresponde a cada contratista de la obra, es decir, existirán tantos Libros de Subcontratación como contratistas concurren en la misma), por lo que únicamente debemos centrarnos en su régimen temporal de aplicación.

A este respecto, cabe distinguir tres períodos bien diferenciados:

El primero, el que abarca desde la entrada en vigor de la LSC (19-4-07) hasta la entrada en vigor del RSC (26-8-07). En este período, contrariamente a como con frecuencia se está interpretando, con

⁶ Artículo 16.2 del RSC.

total independencia de que sea o no aplicable el régimen de la subcontratación del artículo 5 de la LSC (el relativo a los límites de la subcontratación) en función de la fecha de inicio de la ejecución de la obra, la Disposición transitoria segunda de la LSC dispone la obligación de “documentar” ese régimen de la subcontratación mediante la ficha Anexa a la Ley, sin que esta concreta obligación de documentación esté afectada por la anteriormente mencionada Disposición transitoria primera sobre la fecha de inicio de la ejecución de la obra. Y ello es así quizá porque, además, la virtualidad de este Libro, trasciende al propio control de los límites de la subcontratación, para situarse en el terreno de las necesidades de coordinación a efectos de seguridad y salud en la obra. Por ello, la interpretación más fundamentada del caso lleva a la conclusión de que durante este período, las fichas de Libro de Subcontratación anexas a la LSC son obligatorias en todas las obras de construcción desde la entrada en vigor de la Ley (19-4-07).

El segundo período abarca desde la entrada en vigor del RSC (26-8-07) y a hasta los tres meses de su vigencia (26-11-07). Durante este período, manteniéndose la misma obligación de utilización de las fichas del Libro de Subcontratación en los mismos términos que durante el período anterior, sin embargo podrán utilizarse alternativamente las fichas o (en función de las disponibilidades de edición de los correspondientes modelos) el Libro de Subcontratación debidamente habilitado al efecto por la Autoridad Laboral, pero no es exigible en ningún caso la disposición de tal Libro.

El tercer y último período comprende desde el transcurso de los tres meses de vigencia del RSC (es decir, a partir del 27-11-07 incluido), en el que será obligatoria la disposición por cada contratista de cualquier obra de construcción del correspondiente Libro de Subcontratación debidamente habilitado con arreglo a las previsiones del RSC y al modelo que incorpora en su Anexo III.

V. OTRAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA LEY DE SUBCONTRATACIÓN

Hallándonos, como sucede, en el ámbito de las obligaciones (que de las responsabilidades de carácter sancionador se ocupan otros comentarios), no pueden dejar de analizarse otras que se establecen en la LSC asociadas en todos los casos a las ya comentadas.

Vaya por delante que el RSC lejos de introducir nuevas obligaciones para las empresas incluidas en su ámbito de aplicación, se limita a establecer las condiciones en cuanto la forma y contenido de aquellas respecto de las cuales la Ley acude al auxilio reglamentario. Incluso, y junto a ello, la norma reglamentaria –también conforme al mandato legal de la LSC– viene a introducir el mayor grado de simplificación documental posible respecto del conjunto de obligaciones de tal carácter que confluyen en las obras de construcción; es el caso de la supresión de las actualizaciones del aviso previo a la Autoridad Laboral (salvo las relativas a la incorporación de contratistas o cambio de coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución), y de la supresión de la remisión sistemática de las copias de las anotaciones efectuadas en el Libro de incidencias a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (salvo que se refieran a acuerdos de paralización de trabajos o tareas o a incumplimientos de las advertencias u observaciones previamente anotadas), así como la subsunción en las obras de construcción del Libro registro de subcontrataciones previsto en el artículo 42.4 del Estatuto de los Trabajadores en el nuevo Libro de Subcontratación de cada contratista.

Dos son las obligaciones adicionales que introduce la LSC (al margen de las precisiones en materia de formación que son objeto de tratamiento en otro comentario).

La primera y principal está constituida por el deber de vigilancia que de forma descendente establece el artículo 7 de la Ley en su apartado 1, y que corresponde a todo contratista y subcontratista, y se proyecta, subjetivamente, sobre todos los subcontratistas o trabajadores autónomos con los que contrate y, objetivamente, sobre el cumplimiento por los mismos de la misma Ley, pero de manera especial en cuanto a las obligaciones de acreditación y registro reguladas en el artículo 4.2 de la Ley y el régimen de la subcontratación del artículo 5 de la misma. Junto a ellas, se establece el correlativo deber de información en sentido ascendente sobre todo cuanto afecte al capítulo II de la Ley. Pero, con todo, y aparte de las responsabilidades administrativo-sancionadoras que establece la Ley por incumplimiento de esta obligación de vigilancia y verificación, también establece una responsabilidad laboral nueva, compatible y diferente de las hasta ahora existentes en el orden social (singularmente la prevista en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores y las que contempla el artículo 104 de la Ley General de la Seguridad Social), y que, en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro o del régimen de la subcontratación, determina la responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales (no exclusivamente salariales) y de Seguridad Social contraídas por el subcontratista incumplidor en el ámbito de la ejecución de la contrata, y que se extiende al contratista afectado y al subcontratista comitente del incumplidor (si existe), cualquiera que fuere la actividad de las empresas afectadas.

El RSC, en su artículo 6, apartados 3 y 4, viene a determinar los efectos de exoneración (respecto del supuesto referido a la acreditación y registro, solamente) y las condiciones de la misma, a través de la obtención de la correspondiente certificación de inscripción en el REA de la respectiva empresa subcontratada.

Desde luego, este novedoso mecanismo de control interno –por el juego combinado de las consecuencias positivas o negativas asociadas a las conductas de vigilancia en línea descendente en cada cadena de subcontratación– ha de desplegar importantes efectos para asegurar un nivel razonable de cumplimiento de estas nuevas obligaciones; su régimen de aplicación temporal se proyecta de forma paralela a las propias obligaciones de acreditación y registro y del régimen de subcontratación, es decir, es directamente aplicable a todas las obras iniciadas a partir de la entrada en vigor de la LSC (19-4-07); aunque la virtualidad exoneratoria de la señalada certificación de inscripción en el REA no podrá producirse hasta que esta obligación de inscripción no sea exigible, es decir, a partir del 26-8-08, pudiendo –entretanto– obtenerse probablemente análogos efectos a través de los sistemas de comprobación apuntados por la ya comentada Disposición transitoria primera (apartado 2) del RSC.

Finalmente, hemos de destacar una obligación instrumental nueva establecida en el artículo 8.2 de la LSC, relativa al deber de toda empresa (contratista o subcontratista) de *“disponer de la documentación o título que acredite la posesión de la maquinaria que utiliza”*, y cuyos efectos se proyectan sobre dos ámbitos materiales específicos: de un lado, como medio de acreditación y verificación de la condición o no de empresa “intensiva en mano de obra” a efectos de las limitaciones derivadas del régimen de la subcontratación establecido en el artículo 5 de la LSC; y de otro, en orden a la adecuada determinación –tan necesaria frecuentemente, dicho sea de paso– de la titularidad de las obligaciones que la normativa de prevención de riesgos laborales (especialmente la relativa a las condiciones de seguridad y salud y de utilización de los

equipos de trabajo) impone al empresario usuario de la maquinaria en cuanto a sus condiciones de seguridad, mantenimiento e instrucciones a los trabajadores a los que se pone a disposición.

En el cuadro adjunto se recoge una síntesis del calendario de implantación de todas las obligaciones analizadas, una vez promulgada la norma reglamentaria correspondiente que viene a cerrar el régimen jurídico básico de esta nueva regulación sectorial de las obras de construcción en materia de prevención de riesgos laborales, y cuya duración evidencia el propio sentido ponderado y equilibrado de esta normativa, y su vocación de efectividad práctica para garantizar que en un horizonte de medio y largo plazo contribuya a eliminar o reducir las condiciones objetivas que impiden o dificultan con frecuencia el cumplimiento efectivo del resto de las obligaciones laborales y preventivas de nuestras empresas constructoras.

CALENDARIO DE OBLIGACIONES LEY 32/2006

| OBLIGACIÓN | SUJETO/S OBLIGADOS | TODAS LAS OBRAS | | SOLO OBRAS INICIADAS DESDE EL 19-4-07 | | | | | | |
|--|------------------------------|------------------|-------------------|---------------------------------------|----------------------------------|---|---|--|-------------------|------------------|
| | | DESDE EL 19/4/07 | DESDE EL 27/11/07 | DESDE EL 19/4/07 | DESDE VIGENCIA DEL RSC (29/8/07) | DESDE LOS TRES MESES DE VIGENCIA DEL RSC (27-11-07) | DESDE LOS SEIS MESES NATURALES COMPLETOS DE VIGENCIA DEL RSC (1-3-08) | DESDE LOS DOCE MESES DE VIGENCIA DEL RSC (26-8-08) | DESDE EL 20/10/08 | DESDE EL 20/4/10 |
| 1. Acreditar requisitos de solvencia empresarial (como obligación de acreditación previa) | Contratista o subcontratista | X | X | ● | ● | ● | ● | ● | ● | ● |
| 2. Acreditar formación y organización preventiva (como obligación de acreditación previa) | Contratista o subcontratista | X | X | ● | ● | ● | ● | ● | ● | ● |
| 3. Acreditar inscripción en REA | Contratista o subcontratista | X | X | X | X | X | X | X | ● | ● |
| 4. Disponer 10% fijos | Contratista o subcontratista | X | X | X | X | X | ● | ● | ● | ● |
| 5. Disponer 20% fijos | Contratista o subcontratista | X | X | X | X | X | X | X | ● | ● |
| 6. Disponer 30% fijos | Contratista o subcontratista | X | X | X | X | X | X | X | X | ● |
| 7. No superar niveles de subcontratación | Contratista o subcontratista | X | X | ● | ● | ● | ● | ● | ● | ● |
| 8. Disponer Ficha del Libro de subcontratación | Contratista o subcontratista | ● | X | ● | ● | X | X | X | X | X |
| 9. Disponer Libro de subcontratación | Contratista o subcontratista | X | ● | X | X | ● | ● | ● | ● | ● |
| 10. Dar acceso a RR.TT. a la Ficha o al Libro | Contratista o subcontratista | ● | ● | ● | ● | ● | ● | ● | ● | ● |
| 11. Informar a RR.TT. de toda subcontratación | Contratista o subcontratista | ● | ● | ● | ● | ● | ● | ● | ● | ● |
| 12. Informar de toda subcontratación anotada en el Libro al Coordinador SS y a RR.TT. de todas las empresas de su ámbito de contratación | Contratista o subcontratista | X | ● | X | X | ● | ● | ● | ● | ● |
| 13. Comunicar a RR.TT. y a la Autoridad Laboral la ampliación excepcional | Contratista o subcontratista | X | X | ● | ● | ● | ● | ● | ● | ● |
| 14. Disponer de documentación que acredite la posesión de la maquinaria que utilice | Contratista o subcontratista | ● | ● | ● | ● | ● | ● | ● | ● | ● |

● Exigible X No Exigible

7.- Nuevo régimen sancionador

Victor de Santos Sánchez

NUEVO RÉGIMEN SANCIONADOR

- I. Introducción
- II. Los sujetos responsables
- III. Las infracciones en prevención de riesgos laborales
 - A. Las cadenas de subcontratación
 - A.1 Superar los límites de subcontratación
 - A.2 Permitir la superación de los límites de subcontratación
 - A.3 La cláusula de exención de responsabilidad
 - A.4 La ampliación excepcional
 - B. La acreditación y registro
 - B.1 El deber de acreditar
 - B.2 El deber de verificar
 - C. Las garantías documentales
 - C.1 El Libro de Subcontratación
 - a) Disposición
 - b) Conservación
 - c) Llevanza
 - d) Acceso
 - e) Comunicación de información
 - C.2 La posesión de la maquinaria y otros
 - D. La información a los representantes de los trabajadores
 - E. Las infracciones muy graves
 - F. Las sanciones
- IV. La infracción en relaciones laborales: el porcentaje de trabajadores fijos
 - A. La habitualidad
 - B. El sistema de cómputo
- V. La responsabilidad solidaria

I. INTRODUCCIÓN

Acercarse a cualquier norma, desde la perspectiva de las infracciones administrativas, supone estudiar las obligaciones establecidas por la misma susceptibles de ser vulneradas y, por tanto, exige una revisión del derecho sustantivo o material infringido. De tal manera, que para concluir que se ha cometido una infracción a la normativa habrá que interpretar, con carácter previo, si las obligaciones a las que los tipos infractores se refieren han sido efectivamente cumplidas. Dicha tarea exige, con cierta frecuencia, una aproximación a diversas consideraciones jurídicas sobre el contenido de la obligación y, por ello, al modo correcto de aplicar la norma. Todo ello entendido, sin perder de vista el principio general de interpretación restrictiva del derecho sancionador.

Esta obviedad nos conduce a una advertencia inicial, las interpretaciones que se alcancen de la norma sustantiva pueden condicionar la existencia o no de una infracción. Por ejemplo, la interpretación, en un sentido u otro, del sistema de cómputo de trabajadores fijos abrirá o cerrará la puerta a la comisión de la correspondiente infracción administrativa por carecer del número exigible de contrataciones por tiempo indefinido; lo mismo podemos decir de concretos aspectos integrantes de las obligaciones formativas o registrales.

Hecha esta advertencia, con el ánimo de evitar posibles intromisiones o solapamientos con otros comentarios a la normativa de subcontratación en el sector de la construcción contenidos en esta obra, haremos un seguimiento de las nuevas infracciones que, desde tal ámbito normativo, pasan a (incluirse) incardinarse en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto (en adelante LISOS), mediante las modificaciones operadas por la Disposición adicional primera de la Ley 32/2006, partiendo de la premisa de que se trata de infracciones circunscritas exclusivamente al ámbito de aplicación esta Ley (artículo 2), y no extensibles a otras actividades económicas ajenas a aquellos trabajos realizados en obras de construcción. Finalmente, se hará referencia a otros mecanismos de responsabilidad no sancionadores como es el principio de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones.

Este estudio de las infracciones puede enfocarse, al menos, en dos direcciones, tanto en función del sujeto responsable, como hace la Ley 32/2006, como en función de la obligación infringida. Aquí se ha optado por la segunda posibilidad.

II. LOS SUJETOS RESPONSABLES

La LISOS recoge en su artículo 2 la relación de los posibles sujetos responsables de las infracciones administrativas en el orden social. Entre ellos se encuentra en su apartado 1 "el empresario en la relación laboral" y en su apartado 8 "los promotores". Sin embargo, muchas de las nuevas infracciones de la Ley 32/2006 hacen referencia a incumplimientos de "contratistas y subcontratistas" "en el ámbito de la Ley Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción", sin que, como debió hacerse al objeto de dotar de coherencia al nuevo elenco de infracciones, se haya incorporado ésta categoría de sujetos responsables a la relación del artículo 2 de la LISOS. Por consiguiente, sin perjuicio de posibles críticas en materia de tipicidad, cabe concluir lo siguiente:

a) Los sujetos responsables de las infracciones previstas en la Ley 32/2006 son “los empresarios en la relación laboral” a que se refiere el artículo 2.1 de la LISOS, salvo el supuesto específico del promotor contemplado en el artículo 2.8 de la LISOS.

Este punto de partida es necesario porque algunas de dichas infracciones no contemplan incumplimientos que, de forma directa, afecten a derechos de los trabajadores que prestan servicios para el sujeto responsable. Así ocurre, por ejemplo, con los relativos a la superación de los niveles de subcontratación, a la verificación de la acreditación y registro por los subcontratistas o la vulneración del derecho de información de representantes de los trabajadores de las empresas subcontratistas.

Tal circunstancia obedece a que la Ley 32/2006 es una Ley diseñada, en gran medida, sobre la base de obligaciones entre empresas y no sobre obligaciones derivadas del contrato de trabajo. La Ley, al regular el fenómeno de la subcontratación, persigue un mayor control, en sentido descendente, de unas empresas sobre otras de las que componen la cadena de subcontratación. De esta manera, el beneficiario final de ese sistema de control resulta ser el trabajador de la subcontratista, que no presta servicios por cuenta y dependencia del sujeto responsable.

b) La definición de quienes son los contratistas y subcontratistas, empresarios posibles sujetos responsables, la encontramos en el artículo 3 apartados e) y f), respectivamente, de la Ley 32/2006.

Tales definiciones, junto con la dedicada al promotor, vienen a solventar dos problemas que se cernían respecto a dicha figura, sujeto al que, en múltiples ocasiones, se ha venido considerando empresario principal o contratista a los efectos de imputación de responsabilidad solidaria en materia de prevención de riesgos laborales o de Seguridad Social. Veamos ambos supuestos.

Por una parte, se ha considerado al promotor como empresario del sector de la construcción, en determinada interpretación de la expresión “propia actividad”, para hacer de él responsable solidario, por ejemplo, de salarios y deudas de Seguridad Social (artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores). Para ello, algunas resoluciones judiciales se basaban en la teoría del beneficio económico, otras, en la falta de autonomía y esencia propia de la actividad económica de promoción, al carecer ésta de sentido sin la subsiguiente actividad de construcción. Las aludidas discrepancias interpretativas se solventan en el artículo 3 e) de la Ley 32/2006, al equiparar, como sinónimos, los sujetos “contratista” y “empresario principal”. Si esto es así, el promotor no será “per se” empresario principal. La Ley 32/2006 recoge, pues, la postura mantenida por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de julio de 2005 (Sala de lo Social, RJ 2005/5595), en la que se recurre a la Ley 38/1999, Ordenadora de la Edificación, para fundamentar la diferencia entre la actividad inmobiliaria y la de construcción.

Por otra parte, en ocasiones, se ha calificado al promotor como contratista o empresario principal en la medida en que se consideraba que intervenía en la ejecución de la obra cuando contrataba fases de la misma y tenía una capacidad de decisión y disposición, al menos temporal, para el llamamiento de las distintas empresas contratadas. En definitiva, se consideraba que esta participación en la organización de las empresas ejecutoras era ejecución de obra. Esta interpretación sustentaba la atribución de incumplimientos y responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales. De manera más residual, llegó a servir también de fundamento a quienes para quien entendían que era exigible un Plan de Seguridad único para

toda la obra. Esta postura ha quedado desautorizada por el artículo 5.2.a) de la Ley 32/2006 cuando establece que “el promotor podrá contratar directamente con cuantos contratistas estime oportuno”.

c) El promotor, por tanto y a tenor de la normativa analizada, no es contratista ni empresario principal, salvo que “realice directamente con medios humanos y materiales propios la totalidad o determinadas partes de la obra”, no convirtiéndose en tal por la mera “contratación de cuantos contratistas estime oportuno”.

d) Por último, pese a establecer la Ley prohibiciones en materia de contratación dirigidas a los trabajadores autónomos, no se han tipificado infracciones en que los trabajadores autónomos sean sujetos responsables.

En concreto, el artículo 5.e) establece que el trabajador autónomo no podrá subcontratar los trabajos a él encomendados, sin embargo si dicho trabajador procediera a subcontratar no se tipifica una infracción para el supuesto. Habrá de atenderse a la infracción que más abajo se menciona consistente en que las empresas previas en la cadena de subcontratación permitan esa práctica ilegal.

III. LAS INFRACCIONES EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

La casi totalidad de las nuevas infracciones tipificadas a raíz de la Ley 32/2006, se han incluido en la sección de la LISOS dedicada a la materia de prevención de riesgos laborales. Las analizaremos siguiendo un esquema que identifique al posible sujeto responsable, describa la conducta infractora, especifique la tipificación y termine por hacer los comentarios y matizaciones al respecto.

A. LAS CADENAS DE SUBCONTRATACIÓN

Una de las principales novedades de la Ley 32/2006 y, a la vez, razón para su existencia, es la limitación de los niveles de subcontratación con el intento de evitar, en términos de la Exposición de Motivos, excesos en la cadena de subcontratación que “puedan facilitar la aparición de prácticas incompatibles con la seguridad y salud en el trabajo”. La normativa que puede resultar infringida es la contenida en el artículo 5 de la Ley 32/2006. Los tipos infractores giran en torno a dos supuestos, en primer término, que el empresario subcontratista supere los límites de subcontratación y, en segundo lugar, que el empresario, contratista o subcontratista, permita que otros empresarios de la cadena superen los límites de la subcontratación.

A.1. Superar los límites de subcontratación

El único sujeto responsable posible es el subcontratista. La conducta infractora consiste en “proceder a subcontratar con otro u otros subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos legalmente, sin disponer de la expresa aprobación de la dirección facultativa”.

Esta infracción está tipificada como grave por el artículo 12.27.c) de la LISOS y como muy grave por el artículo 13.15.b) de LISOS. Para analizar estas infracciones se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

a) La limitación a la subcontratación es en sentido vertical, nunca horizontal. Ha de contemplarse la cadena compuesta por sucesivas contrataciones que tengan en común la unidad de obra a ejecutar por el último de los subcontratistas, situándose el límite, como regla general, en el tercer subcontratista (promotor,

contratista, primer, segundo y tercer subcontratista). Las excepciones a esta regla general son dos. De un lado, los trabajadores autónomos son el eslabón final de la cadena, no pudiendo subcontratar (artículo 5.2.e) de la Ley 32/2006). De otro lado, el subcontratista “cuya organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra” tampoco podrá subcontratar (artículo 5.2.f) de la Ley 32/2006).

b) La limitación a la subcontratación es igual para todo tipo de obra. Dicho de otra forma, es independiente del presupuesto de ejecución o de la naturaleza de los riesgos laborales.

c) No es posible subcontratar la totalidad de lo contratado. La Ley 32/2006 elimina la posibilidad de meros y puros intermediarios en la cadena a través de dos preceptos. El artículo 2.h), al definir la subcontratación, alude al encargo a otro de “parte de lo que a él (contratista o subcontratista) se le ha encomendado”, sin contemplar otra posibilidad. El artículo 4.1.a), al definir los requisitos que se han de reunir para que una empresa “pueda intervenir en el proceso de subcontratación”, obliga no sólo a poseer una organización productiva propia integrada por medios materiales y personales propios, sino a “utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada”, es decir a desarrollar una actividad efectiva en la obra.

d) La regla de la limitación para subcontratar es una regla de máximos, sólo alterable o exceptuable “en las condiciones y en los supuestos previstos en la Ley” (artículo 5.1).

e) Existen excepciones a la regla general, cuyo punto común es, según los tipos infractores, “la expresa aprobación de la dirección facultativa”. Para que la expresa aprobación tenga lugar es preciso que se cumplan tres requisitos. En primer lugar, que la aprobación sea previa a la subcontratación excepcional, en ningún caso son aceptables convalidaciones a posteriori de situaciones de hecho de superación de límites. En segundo lugar, que la excepción obedezca a alguna de las causas legalmente previstas. Estas causas son la fuerza mayor para todos los supuestos de superación de límites y, además, otras tres causas para el supuesto ordinario de superación del límite del tercer subcontratista: caso fortuito debidamente justificado, exigencias de especialización, complicaciones técnicas de producción. Si bien, la redacción legal avala la interpretación de que el caso fortuito deba fundamentarse en alguna de las dos circunstancias mencionadas (exigencias de especialización o complicaciones técnicas). En tercer lugar, que la aprobación conste formalmente en el Libro de Subcontratación.

A.2 Permitir la superación de los límites de subcontratación

Los sujetos responsables posibles son los contratistas y subcontratistas. La conducta infractora consiste en “permitir que, en el ámbito de ejecución de su contrato, intervengan empresas subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación, sin disponer de la expresa aprobación de la dirección facultativa”.

La LISOS tipifica esta infracción para los subcontratistas como infracción grave en el artículo 12.27.c) y como infracción muy grave en el artículo 13.15.b). A su vez, tipifica esta infracción para los contratistas como infracción grave en el artículo 12.28.b) y como infracción muy grave en el artículo 13.16.a). En esta materia hay que tener en cuenta lo siguiente:

a) La obligación de vigilancia. La Ley establece una obligación por parte de contratistas y subcontratistas de vigilar que los subcontratistas y autónomos, por ellos contratados, cumplen con el régimen de contratación prevista en el artículo 5 de la Ley 32/2006, que regula la limitación de los niveles de subcontratación.

b) La obligación de información. Para poder efectuar la labor de vigilancia, la fuente de conocimiento será la información y documentación que los subcontratistas deben transmitir a su empresa comitente, para que, llegando al contratista, sea conocida la situación por todos los miembros de la cadena.

c) Las distintas infracciones con el mismo fundamento. La infracción se puede cometer simultáneamente por cada miembro de la cadena en sentido ascendente, desde el comitente del subcontratista hasta el contratista. En el caso, por ejemplo, de superación del límite de subcontratación por el tercer subcontratista, esa práctica ilegal ha sido permitida por el segundo subcontratista, el primer subcontratista y el contratista, tres posibles sujetos responsables. En estos casos no resultará aplicable el principio "non bis in idem" que impide sancionar dos veces cuando exista identidad en la infracción cometida desde el prisma del sujeto, hecho y fundamento, ya que, si bien el hecho y fundamento es el mismo, el sujeto responsable no es idéntico, al verse afectado el deber de vigilancia de cada miembro de la cadena de subcontratación sobre el ámbito de ejecución de su contrato. En definitiva, la Ley 32/2006 ha optado por un sistema de responsabilidad directa de cada empresa de la cadena de subcontratación que ocupe un nivel ascendente respecto de la que supera los límites, en vez un sistema de responsabilidad solidaria, individualizando así la responsabilidad a través de la posibilidad de varias sanciones, en detrimento de una sola sanción exigible solidariamente. Este método refuerza el deber de vigilancia anteriormente descrito y motiva a su cumplimiento por todos los afectados, evitando prácticas evasivas.

A.3 La cláusula de exención de la responsabilidad.

El artículo 13.15.c) de la LISOS, tipifica una infracción muy grave que opera como cláusula de exención de responsabilidad para contratistas y subcontratistas, en el supuesto estudiado en el anterior apartado A.2, dedicado a la infracción consistente en permitir la superación de los límites de subcontratación.

El único sujeto responsable posible es el subcontratista. La conducta infractora consiste en "el falseamiento de los datos comunicados al contratista a su subcontratista comitente, que dé lugar al ejercicio de actividades de construcción incumpliendo el régimen de la subcontratación o los requisitos legalmente establecidos".

Con independencia de que a la fórmula se le pueda dar una amplia proyección, al referirse a los requisitos legalmente establecidos. Lo cierto es que hace mención específica al régimen de la subcontratación y por eso abordamos aquí esta infracción, siendo preciso deslindar dos supuestos:

a) El falseamiento. El fundamento de esta infracción muy grave consiste en un deliberado propósito de engañar al contratista o subcontratista comitente sobre el cumplimiento de los límites de subcontratación, ofreciendo una apariencia de cumplimiento a través de unos datos falsos. Esta conducta activa y expresa de falseamiento opera como exclusión de la posibilidad de incurrir en los tipos infractores, graves o muy graves, referidos a la permisividad, por parte de contratista y subcontratistas, de la superación de los límites de subcontratación en niveles inferiores.

b) La ocultación. El supuesto de ocultación de datos relativo a una subcontratación extralimitativa no excluye de la responsabilidad de contratista y subcontratista. Las razones son de tipificación. El tipo infractor del artículo 13.15.c) de la LISOS, que estamos analizando, requiere una conducta activa, el falseamiento, no contemplando conductas omisivas. Estas conductas omisivas de no facilitación u ocultación de datos, deben considerarse incluidas en el supuesto tipificado por la infracción grave regulada en el artículo 12.27.c), consistente en “no comunicar (por el subcontratista) los datos que permitan al contratista llevar en orden y al día el Libro de la Subcontratación”. De tal forma que dicha “no comunicación” no exime de la responsabilidad derivada del deber de vigilancia, destinado a evitar superación de límites de subcontratación en el ámbito de ejecución del contrato de la empresa, contratista o subcontratista, sobre la que pesa tal deber. Es el artículo 8.1, párrafo segundo, de la Ley 32/2006 quien requiere expresamente que se refleje en el Libro de Subcontratación, “todas y cada una de las subcontrataciones” indicando “su nivel de subcontratación y empresa comitente”.

A.4 La ampliación excepcional

Más arriba estudiamos cómo la ampliación excepcional de la limitación a la subcontratación requiere “la aprobación expresa de la dirección facultativa” y que se fundamente en alguna de las causas legalmente previstas. Lo que también aborda la Ley es la posibilidad de que la dirección facultativa apruebe una ampliación no causal, es decir, carente de justificación. En este caso la responsabilidad administrativa recae sobre el promotor, quien según el artículo 3 de la Ley 32/2006 es quien designa al técnico o técnicos encargados de la dirección y control de la obra (dirección facultativa).

El sujeto responsable es el promotor. La conducta infractora es “permitir, a través de la actuación de la dirección facultativa, la aprobación de la ampliación excepcional de la cadena de subcontratación cuando manifiestamente no concurren las causas motivadoras de la misma” previstas en la Ley 32/2006.

La LISOS tipifica esta infracción para el promotor como infracción grave en el artículo 12.29 y como infracción muy grave en el artículo 13.17.

Sin perjuicio de acudir a lo que la Jurisprudencia considera fuerza mayor o caso fortuito, la cuestión radica en la valoración de las justificaciones técnicas relativas a las “exigencias de especialización de los trabajos” o “complicaciones técnicas de producción”, pues en ambos casos nos encontramos ante el ejercicio profesional propio de la dirección facultativa, o dicho con más claridad, en el ámbito competencial de las titulaciones habilitantes para ejercer la dirección facultativa. Por ello, desde la perspectiva de la actuación inspectora tendente a la exigencia de responsabilidades administrativas, resulta difícil descalificar, o al menos oponerse, a una decisión de esta naturaleza sin contar con el apoyo de un informe pericial al respecto. Esta es la razón por la que el tipo infractor requiere para su consumación que la no concurrencia de las causas sea manifiesta. El adverbio “manifiestamente”, se convierte en el término clave de la conducta infractora y la modaliza al desnaturalizar la competencia profesional para calificar la existencia o no de la causa motivadora, circunscribiéndola al ámbito del sentido común. Esta no concurrencia “manifiesta” es la que permite a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, al promotor como sujeto responsable, considerar la no justificación de la ampliación excepcional.

B. LA ACREDITACIÓN Y EL REGISTRO

El sustento de la Ley 32/2006, y una de las principales razones de su existencia, radica en conseguir que las empresas que intervengan en el proceso de construcción sean reales y solventes desde la perspectiva económica y de prevención de riesgos laborales. Se pretende evitar la participación de empresas aparentes, mediadoras o sin infraestructura, sea esta organizativa, productiva o de prevención de riesgos laborales. Como un medio específico tendente a garantizar o, al menos, a presumir que se está ante una empresa solvente, se establecen legalmente, por vía del artículo 4 de la Ley 32/2006, una serie de requisitos que se agrupan en sus dos primeros apartados. De un lado, el apartado 1 se dedica a la realidad empresarial (organización productiva propia, asunción de riesgos, dirección del trabajo, etc.); de otro lado, el apartado 2 alude a obligaciones preventivas (formación y organización) y a la inscripción en un Registro especial, el de Empresas Acreditadas, temas ampliamente tratados en otros capítulos de este libro.

Desde la perspectiva del "nuevo régimen sancionador", es decir, de las nuevas infracciones administrativas, no hay ninguna modificación respecto de las obligaciones de fondo, siendo la auténtica novedad de naturaleza formal o procedimental. Ya que las nuevas infracciones van referidas a deficiencias relativas a la acreditación del cumplimiento de las obligaciones sustantivas y, como consecuencia, a su inscripción registral. No se trata de indagar acerca de si se han cumplido las obligaciones, sino de si se ha acreditado su cumplimiento a través del procedimiento oportuno.

En consonancia con este principio de infracciones formales y no materiales, si se incumplen los requisitos de "solvencia" empresarial, la reacción del ordenamiento jurídico se materializará, en su mayor medida, a través de mecanismos existentes con anterioridad a la Ley 32/2006 que, de modo sucinto, son los siguientes:

a) La empresa aparente. La empresa que carece de organización productiva propia, no asume riesgos, obligaciones o responsabilidades ni ejerce las facultades de organización y dirección, puede ser calificada de cedente, integrando un caso claro y patente de cesión ilegal de los previstos por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, siendo aplicable a dicha realidad la infracción muy grave tipificada por el artículo 8.2 de la LISOS "la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente". Por su parte el artículo 7.3 de la Ley 32/2006 dispone que "en todo caso será exigible la responsabilidad establecida en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores cuando se den los supuestos previstos en el mismo".

b) La formación en prevención de riesgos laborales. Los incumplimientos de esta obligación están tipificados como infracción grave por el artículo 12.8 de la LISOS (en su caso muy grave por el artículo 13.10).

c) La organización preventiva. La ausencia o insuficiencia de la misma se aborda(n) como infracción grave, principalmente, en el artículo 12.15 de la LISOS

Este tratamiento por tipos ya existentes, previos a la Ley 32/2006, de las vulneraciones normativas de aspectos de fondo, nos dirigen a contemplar las obligaciones formales previstas por la norma y su infracción desde una óptica puramente instrumental o adjetiva. Hay que partir de que todo gira en torno a un principio: la empresa acreditará el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 4 apartado 1 (realidad empresarial) y apartado 2.a) (formación y organización preventiva) "mediante una declaración suscrita por su representante legal ante el Registro de Empresas Acreditadas".

B.1 El deber de acreditar y registrarse

Los posibles sujetos responsables son los contratistas y subcontratistas. La conducta infractora consiste en "el incumplimiento del deber de acreditar, en la forma establecida legal o reglamentariamente, que dispone de recursos humanos, tanto en su nivel directivo como productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, y que dispone de una organización preventiva adecuada, y la inscripción en el registro correspondiente".

La LISOS tipifica esta infracción para los subcontratistas como infracción grave en el artículo 12.27.a) y como infracción muy grave en el artículo 13.15.a). La LISOS tipifica esta infracción para los contratistas como infracción grave en el artículo 12.28.c) y como infracción muy grave en el artículo 13.16.b). Un somero análisis de estas infracciones conlleva los siguientes comentarios:

a) Diversidad de obligaciones. Del texto legal puede deducirse que nos encontramos ante dos obligaciones distintas, la de acreditación y la de inscripción registral. Sin embargo, ambas obligaciones son sucesivas y se cumplimentan ante el Registro de Empresas Acreditadas. Esto permite una crítica sobre como perseguir un afán garantista, a través de un exceso tipificador, puede conducir a generar confusión. Una fórmula más sencilla y acertada se habría referido a la falta de acreditación de los requisitos legalmente exigibles. La utilización de la conjunción copulativa "y" acumula todas las obligaciones, que culminan con la inscripción en el Registro, la cual resulta imposible sin la acreditación plena de todos los requisitos.

b) La importancia del procedimiento. La expresión clave de los tipos que estudiamos es el incumplimiento "en la forma establecida legal y reglamentariamente". No se discute, por tanto, si la empresa satisface o no los requisitos exigibles, sino la utilización del procedimiento para su acreditación. Un ejemplo nos llevaría a que una empresa que cumpliera los requisitos y lo acreditara ante el empresario comitente o la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sería sujeto responsable de esta infracción por no haberse acreditado mediante el procedimiento establecido reglamentariamente por el Real Decreto 1109/2007 de 24 de agosto (específicamente su capítulo II), sin perjuicio de posteriores reglamentos organizativos de naturaleza autonómica. En materia de formación preventiva, como se indica en otro capítulo de este libro, habrá que acudir al artículo 10 de la Ley 2/2006 y al artículo 12 del RD 1109/2007.

c) La cancelación de la inscripción. Con independencia de la solicitud del interesado, la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social puede dar lugar a la cancelación de oficio de la inscripción por parte de la autoridad laboral, si comprobara que la empresa no cumple con los requisitos legalmente exigidos para la inscripción (artículo 7 del RD 1109/2007).

B.2 El deber de verificar

Los sujetos responsables posibles son los contratistas y subcontratistas. La conducta infractora consiste en "el incumplimiento del deber de verificar dicha acreditación y registro por los subcontratistas con los que contrate".

La LISOS tipifica esta infracción para los subcontratistas como infracción grave en el artículo 12.27.a) y como infracción muy grave en el artículo 13.15.a). Respecto a los contratistas, tipifica esta infracción como

grave en el artículo 12.28.c) y como muy grave en el artículo 13.16.b). Son precisas las siguientes matizaciones:

a) Cómo se verifica. El procedimiento consiste en dirigirse al Registro de Empresas Acreditadas, cuyos datos son de acceso público, según el artículo 6.2 de la Ley 32/2006, siendo la validez de la inscripción de ámbito nacional y solicitar la certificación correspondiente. En este sentido, el artículo 6.3 del RD 1109/2007 establece que “cuando la empresa comitente obtenga certificación relativa a la inscripción en el Registro de una empresa subcontratista, se entenderá que ha cumplido con su deber de vigilar el cumplimiento” por ésta “de las obligaciones establecidas en el artículo 4, apartado 1 y 2 de la Ley 32/2006”. La solicitud de certificación deberá formularse “dentro del mes anterior al inicio de la ejecución del contrato...y tendrá efectos con independencia de la situación registral posterior de la empresa afectada” (artículo 6.4 del RD 1109/2007). Transitoriamente (26 de agosto de 2008), hasta que las autoridades laborales autonómicas creen los registros, la acreditación será presentada a la empresa comitente mediante declaración empresarial, adjuntando al contrato de ejecución de obra la documentación justificativa (Disposición Transitoria primera del RD 1109/2007).

b) Una buena práctica. Según el diccionario de la R.A.E. verificar significa “comprobar o examinar la verdad de una cosa”. Considerando que el procedimiento de acreditación consiste en una declaración del interesado, apoyada por la documentación exigida por el RD 1109/2007, y que su validez es por tres años, es conveniente, para las empresas que contraten a los subcontratistas, contrastar la realidad con la inscripción registral y asegurarse de que la empresa que entra en el ámbito de ejecución de su contrato reúne los requisitos legalmente exigibles, no conformándose con la presunción al respecto.

c) El promotor y el deber de verificación. Las empresas contratistas, cuya relación jurídica “ascendente” es siempre con la figura del promotor, han de acreditarse y estar inscritas, si bien no existe un deber de vigilancia por parte del promotor del cumplimiento de estas obligaciones (el artículo 7.1 de la Ley 32/2006 se refiere a contratistas y subcontratistas), ni, en consecuencia, ninguna infracción que contemple el deber de verificación por el promotor. Por eso resulta asistemático que la Disposición Transitoria primera del RD 1109/2007, antes mencionada, indique que “las empresas comitentes podrán comprobar el cumplimiento por sus empresas contratistas...”, pues hay que entender al contratista, y no al promotor, como el comitente inicial a estos efectos de vigilancia y responsabilidad.

C. LAS GARANTÍAS DOCUMENTALES

Procede aquí hacer mención, dentro del régimen sancionador, al soporte documental de las obligaciones que se han de cumplir durante el transcurso de la ejecución de la obra de construcción, al margen de la acreditación y registro, y cuyo estudio pormenorizado se realiza a otro capítulo de este libro. Su regulación sustantiva se encuentra, principalmente, en el artículo 8 de la Ley 32/2006 bajo el título de “documentación de la subcontratación”, desarrollado por el capítulo IV del RD 1109/2007.

C.1 El Libro de Subcontratación

Existen cuatro infracciones que se refieran específicamente al Libro de Subcontratación, que se comentan a continuación: