

CONTRATACION Y SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN.

Comentarios a la Ley 32/2006 de 18 de octubre

Por Manuel Velázquez Fernández
Inspector de Trabajo y Seguridad Social

El sector de la construcción es, hoy en día, uno de los más problemáticos en lo que respecta al mundo de las relaciones laborales. Como es bien sabido, este sector presenta los más altos índices de siniestralidad laboral y de temporalidad en los contratos laborales y además se encuentra particularmente afectado por los problemas derivados de la economía sumergida (especialmente en las obras de poca entidad), la subcontratación generalizada y las relaciones laborales encubiertas por formas de contratación mercantil.

También ha sido, por todo ello, uno de los sectores más afectados por las reformas legislativas recientemente aprobadas, como el RDL 5/2006 para la mejora del crecimiento y del empleo y la Ley 32/2006 de 18 de octubre reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (BOE de 19.10.06).

Mi propósito es analizar brevemente el impacto que puede causar la aprobación de estas normas en la mejora de las condiciones de trabajo en el sector de la construcción y muy en particular en las actuaciones de control de la aplicación de la legislación que lleva a cabo la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS).

Voy a agrupar en tres apartados los aspectos que se abordan en las citadas normas respecto al sector de la construcción:

- El control de las empresas que operan en el sector
- La problemática de las cadenas de subcontratación
- Y, por último, las nuevas condiciones de las relaciones laborales de los trabajadores del sector

Vamos a analizar brevemente cada una de ellos.

1. EL CONTROL DE LAS EMPRESAS QUE OPERAN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

1.1. LAS EMPRESAS QUE ESTÁN SUJETAS A LA ACCIÓN INSPECTORA

Las empresas sometidas a la acción inspectora por tener la condición de sujetos responsables de las infracciones y sanciones

en el orden social son la promotora, la contratista y la subcontratista, a las que habría que añadir la figura del trabajador autónomo cuya responsabilidad se encuentra reducida a los supuestos de coordinación en prevención de riesgos laborales y a sus obligaciones como sujeto responsable del Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos.

A efectos del control que puede llevar a cabo la ITSS con la aplicación de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), las acciones de los demás sujetos presentes en la obra se encuentran subsumidas dentro de la esfera de responsabilidad de las empresas enunciadas. De este modo, de lo que haga el coordinador y la dirección de la obra responde el Promotor, y de forma ordinaria, aunque con las excepciones previstas en la LISOS, de lo que hagan los servicios de prevención y los trabajadores autónomos responden las empresas contratistas y subcontratistas.

Tanto el RD 1627/1997 que regula las condiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción como la Ley 32/2006 hacen una común definición de estos sujetos. La única de estas figuras que puede tener a la vez una doble condición y puede crear importantes equívocos es la del promotor, que es la persona por cuenta de la cuál se realiza la obra. Conviene, por esta razón, realizar un análisis más concreto de esta figura.

1.2. LA RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR

El promotor es, de hecho, el principal sujeto en una obra de construcción puesto que asume el proyecto y diseño inicial de la obra, contrae la responsabilidad de dirigir la misma, ya que es el que contrata al proyectista y a la dirección facultativa, y además interviene también en la coordinación de las medidas de seguridad y salud en la obra por cuanto que es él quien designa al coordinador de seguridad y salud respondiendo de sus actos y omisiones y elige a las empresas contratistas. En muy buena medida, la correcta ejecución de la obra, en lo que se refiere a la prevención de riesgos laborales, va a depender de todo este conjunto de decisiones.

Su posición le sitúa en el vértice de una pirámide de la que van pender los contratistas y sucesivamente los subcontratistas y trabajadores autónomos. Tratamos a continuación sobre algunos de los aspectos más polémicos relacionados con el promotor.

El promotor no es el propietario de la obra

El primer equívoco sobre el promotor es su falsa identificación con el propietario de los terrenos o edificación en los que se va a realizar la obra. El Art. 9.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) señala que “será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”.

Es decir, el propietario del terreno o edificio sobre el que se realiza la obra puede optar entre asumir él mismo la condición de promotor y cumplir, en tal caso, con todas las obligaciones que le exige la legislación vigente o bien puede contratar a otro empresario con mejor conocimiento y experiencia para que realice esta labor y que le entregue la obra “llave en mano” quedando así excluido de toda exigencia legal respecto al cumplimiento de las obligaciones de prevención de riesgos laborales durante su ejecución, exceptuando, en el caso de que el propietario tenga trabajadores propios en el terreno o edificación, las de coordinación con las empresas presentes en la obra.

El Art. 2.3. RD 1627/1997 excluye al cabeza de familia en las obligaciones propias del contratista cuando se trate de la construcción o reparación de su vivienda pero no le excluye de las obligaciones del promotor. Ahora bien, el cabeza de familia tiene siempre la opción de contratar un promotor para la construcción en su propia vivienda y así quedar exento también de esas obligaciones.

El promotor también puede ser también contratista

Y así lo reconoce la Ley cuando dice que “cuando el promotor realice directamente con medios humanos y materiales propios la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrá también la consideración de contratista a los efectos de la presente Ley” (Art. 3.e).

Ahora bien, ocurre cada vez con más frecuencia que el promotor decide por sí mismo la contratación directa de muy diversas empresas, incluyendo con frecuencia a gremios y trabajadores autónomos que actúan de forma simultánea en la obra. La pirámide de la contratación y subcontratación de la obra se extiende en este caso más en horizontal que en vertical y sitúa en la condición de contratista a empresas muy pequeñas y apenas dotadas de poder real de dirección y disposición en la obra.

Ante esta situación, el criterio de muchos inspectores de trabajo ha sido el de considerar que en estos casos el promotor estaba también llevando a cabo unas funciones más propias de ejecución de la obra que de mera dirección y proyecto y que por tanto el promotor realizaba de facto una función propia del contratista debiendo asumir también sus obligaciones legales.

La Ley, sin embargo, dificulta esta aplicación teleológica de la norma por cuanto que su Art. 5.2.a) afirma que “el promotor podrá contratar directamente con cuantos contratistas estime oportuno ya sean personas físicas o jurídicas”.

Si bien hay que tener presente que, en todo caso, cuando el Promotor contrate directamente a trabajadores autónomos el Art. 2.3. RD 1627/1997 dispone que en tal supuesto “tendrá la consideración de contratista respecto de aquellos a efectos de lo dispuesto en el presente Real Decreto”.

1.3. EL CONTROL PREVENTIVO DE LAS EMPRESAS DEL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

Como es sabido, la proliferación de empresas en el sector de la construcción, muchas de ellas de mera conveniencia fiscal, es uno de los factores que han contribuido a diluir la responsabilidad o a imposibilitar que la misma pueda llegar a aplicarse. Nos encontramos con mucha frecuencia con grupos de empresas, que como tales no están registrados en ninguna parte, y que no son sino un mero instrumento para eludir dichas responsabilidades. De la preocupación y las dificultades para derivar la responsabilidad de estos grupos pueden dar buena cuenta las actividades de inspección llevadas a cabo por las Unidades Especializadas de Seguridad Social de la ITSS, los órganos recaudadores de las sanciones administrativas e incluso también de la Hacienda pública.

Por otra parte, ha habido en los últimos años una importante proliferación de empresas del sector de la construcción que apenas cuentan con una estructura propia (bienes, maquinaria, oficinas, etc.) y que están formadas casi exclusivamente por mano de obra. Se trata de empresas que a menudo caen en situaciones de insolvencia tanto en el pago de salarios como de cuotas de la seguridad social y que por regla general carecen también de una mínima organización preventiva. En ocasiones, estas empresas no son más que meras “cuadrillas” de trabajadores que se agrupan bajo el paraguas de una sociedad mercantil para crear una apariencia de empresa que sirva de protección ante posibles acciones por cesión ilegal o falso trabajo autónomo.

La Ley solamente aborda este último problema y plantea que exista un control previo de las empresas que operan en el sector a través de su inscripción obligada en un Registro Público de Empresas Acreditadas que dependerá de la Autoridad laboral del domicilio social de cada empresa, de acceso público y con validez para todo el territorio nacional (Art. 6)

Para inscribirse, la empresa deberá hacer una declaración unilateral y suscrita por su representante legal de que cuenta con una organización productiva propia, que puede asumir los riesgos de la actividad, que ejerce directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo y que dispone de recursos humanos que cuentan, a su vez, con la formación preventiva necesaria (Art. 4).

No se plantea en la Ley, sin embargo, la posibilidad de que en este Registro haya otras inscripciones distintas de las mencionadas y que serían de gran utilidad para el control del buen funcionamiento del sector, como podrían ser las relativas a resoluciones sancionadoras por infracción muy grave, la interdicción de contratar con administraciones públicas, las empresas declaradas insolventes en el pago de salarios y deudoras de cuotas de la seguridad social, las empresas pertenecientes a un mismo grupo de sociedades, etc. Dichas inscripciones, como es natural no pueden ser exigidas a los propios empresarios registrados pero sí podrían ser realizadas directamente por las autoridades administrativas correspondientes o, llegado el caso, por los órganos jurisdiccionales como consecuencia de una sentencia o resolución firme.

Tampoco se prevé en la Ley la posibilidad de que la empresa sea desclasificada o excluida del Registro por resolución de la Autoridad Laboral para el supuesto de que la ITSS acreditara que el contenido de la declaración suscrita por el empresario no se ajusta a la realidad y extendiese por ello un Acta de Infracción en virtud de lo dispuesto en el nuevo Art. 12.27.a) de la LISOS.

1.4. EL CONTROL DOCUMENTAL DE LAS EMPRESAS QUE OPERAN EN LA OBRA

La Ley también establece algunas medidas de control de las empresas durante la ejecución de la obra. En concreto, y siguiendo de alguna manera el criterio establecido por la reforma del Art. 42.4. en el RDL 5/2006, se prevé la obligatoriedad de que cada contratista lleve un “Libro de Subcontratación” que llevará aparejada la inscripción de las empresas y la identificación de “todas y cada 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 desarrollo del procedimiento de coordinación establecido, y las anotaciones efectuadas por la dirección facultativa sobre su aprobación de cada subcontratación excepcional”. La falta de disposición de este libro en la obra puede constituir una infracción leve en el orden social (nuevo Art. 11.6 de la LISOS), que el subcontratista no le facilite datos al contratista para llevar al orden y al día el Libro es infracción grave (nuevo Art. 12.27.b) de la LISOS) y su falta de llevanza al orden y al día es también una infracción grave para el contratista (nuevo Art. 12.28.a) de la LISOS).

Llama la atención que cada empresa contratista deba tener uno de estos libros cuando la tendencia cada vez más creciente es la multiplicación de empresas contratistas que el promotor decide contratar de forma directa y concurrente. Es decir, la situación más normal será que en cada obra haya varios libros de subcontratación y que muchos de ellos incluso tengan una vigencia simultánea.

También sorprende que el coordinador haga anotaciones en tales libros siendo además esta la única obligación de dejar constancia escrita de las actuaciones que aquel lleva a cabo en la obra, quedando así recogidas de forma documental dispersa las instrucciones que ha impartido a las empresas de la obra.

Habría sido mucho más adecuado y operativo, dadas las características de las obras, que en cada una de ellas hubiese solamente un libro de contrata y subcontratas en el que se hiciesen todas esas anotaciones y que su llevanza fuera realizada por el Coordinador de la obra, de cuya actividad debe responder, como ya hemos señalado, el Promotor.

Además de este documento, se dice también en la Ley que las empresas deberán disponer “de la documentación o título que acredite la posesión de la maquinaria que utiliza” (Art. 8.2.) y la formación de sus trabajadores (Art. 10), cuyo incumplimiento supondría una infracción leve (nuevo Art. 11.7 LISOS).

1.5. EL CONTROL QUE SE EJERCE POR LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Y por último, el Art. 9 de la Ley 32/2006 establece los mecanismos de control que corresponde ejercer a los representantes de los trabajadores.

Estos mecanismos no son en absoluto novedosos. El primero es la obligación de que los representantes de los trabajadores de las diferentes empresas que intervengan en la ejecución de la obra sean informados de las contrataciones y subcontrataciones que se hagan en la misma. Sin embargo, el problema es que son muy pocas y contadas las obras en las que hay tales representantes debido a la duración de las obras y las características de la contratación laboral en el sector.

Por todo ello, desde hace ya bastante tiempo se empezó a proponer la idea de que pudiera haber representantes sindicales de carácter territorial para el sector. Y de esta forma, el Art. 9.2. de la Ley establece que “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”.

Lo único que sorprende de este precepto es la reserva de exclusividad en la fijación de este sistema para el negociador de ámbito estatal cuando en la actualidad ya existen convenios de ámbito provincial en los que se establece este mecanismo y no existe a mi juicio ninguna justificación objetiva que motive esta reserva, la cuál puede tener además por efecto la exclusión en la negociación de este tipo de cláusulas de los sindicatos que no tengan ámbito estatal,

2. LA PROBLEMÁTICA DE LAS CADENAS DE SUBCONTRATACIÓN

La existencia de distintas cadenas de subcontratación que concurren en la obra es un factor inherente a la actividad del sector. Como sistema de garantía para los trabajadores de las subcontratas se establecieron hace tiempo mecanismos legales de responsabilidad solidaria de las empresas principales o contratistas en cuanto al pago de salarios (Art. 42 ET) y de cuotas de la Seguridad Social (Art. 104 y 127 LGSS), que también se han extendido a las infracciones y sanciones en la LISOS aunque de un modo muy parcial, ya que solamente se prevé la responsabilidad solidaria del principal para los supuestos de fraude en las prestaciones de la seguridad social (Art. 23.2) y se excluyen

supuestos tan importantes como la falta de alta y de cotización (con la salvedad de que la empresa principal no se vería libre de la responsabilidad solidaria en la reclamación de cuotas practicada mediante el Acta de Liquidación) y el trabajo de extranjeros, en el que la exención de responsabilidad de la empresa principal es total y absoluta, hecho que sin duda favorece la contratación de estos trabajadores por empresas insolventes o radicadas en el extranjero.

En cualquier caso, este mecanismo de la solidaridad es el que también se ha querido trasladar, aunque con efectos a mi juicio contraproducentes, al cumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales.

2.1. EL REPARTO DE RESPONSABILIDADES ENTRE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE PREVENCIÓN

Como es sabido, las actuaciones de la ITSS en prevención de riesgos laborales están muy condicionadas por el reparto legal de las responsabilidades entre los distintos empresarios presentes en la obra. El trabajador autónomo no suele ser sujeto responsable de estas obligaciones y solamente responde por sus actos la empresa que le contrató (Art. 11.2. RD 1627/1997).

La imputación de responsabilidades en materia de prevención en una obra de construcción no resulta a priori una tarea sencilla. Se puede plantear, en primer término, que la imputación de responsabilidades a cada empresa debe hacerse respecto de los incumplimientos que se produzcan dentro de su potestad de dominio o ámbito de organización y dirección en la obra.

A este planteamiento se ajustaba la legislación anterior a la LPRL. En concreto, el segundo párrafo del Art. 40 de la antigua LISOS establecía el principio de responsabilidad directa de los empresarios contratistas o principales respecto a los incumplimientos producidos en su centro de trabajo: “los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad responden del incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de seguridad e higiene durante el periodo de vigencia de la contrata, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal, aun cuando afecte a los trabajadores del contratista o subcontratista”. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad en que también pudiesen incurrir los subcontratistas.

Según la doctrina jurídica entonces imperante, en cada caso concreto se debía realizar un juicio de imputabilidad para determinar el sujeto responsable de cada incumplimiento en

función de cuáles fueran las atribuciones de dirección y organización de cada empresa en la obra, con la posibilidad de que fuera más de una empresa la imputada y por tanto más de una la sanción impuesta por los mismos hechos. Si el incumplimiento versaba sobre elementos privativos del ámbito de organización de una empresa (EPs, máquinas, herramientas, etc.) la responsabilidad debía recaer solamente sobre ésta. En cambio, si el incumplimiento desbordaba el ámbito de organización de una empresa por cuanto el mismo afectaba a elementos comunes de la obra por los que transitasen o prestasen servicios trabajadores de diferentes empresas (escaleras, andamios, redes, accesos, etc.) la imputación de la infracción debía corresponder a la empresa que tuviese una potestad de dominio y dirección general sobre la obra o al menos sobre esos elementos, y esta empresa, en términos generales, solía ser la contratista o principal.

Sin embargo, este criterio de reparto de responsabilidades fue sustituido por otro según el cual el ámbito de responsabilidad de cada empresa en la obra solo se define por el deber de protección del empresario respecto a los trabajadores que tiene a su servicio. Allá donde estén dichos trabajadores desarrollando su labor se extiende el deber de protección del empresario.

Este fue el criterio seguido por la vieja OGSHT y el que se volvió a recuperar con la aprobación de la LPRL que derogó en este aspecto a la antigua LISOS. Según el mismo, el sujeto principal del deber de seguridad de los trabajadores es el empresario en la relación laboral (Art. 14.2 LPRL) quedando la responsabilidad del empresario principal relegada a la vigilancia del subcontratista (Art. 24.3 LPRL) siendo además dicha responsabilidad solidaria respecto a la sanción que se le imponga a este último (Art. 42.3 de la actual LISOS).

La aplicación literal de este principio de responsabilidad ha conducido a situaciones poco congruentes con el fin de la norma. Ante el incumplimiento de seguridad y salud en uno de los elementos comunes de la obra la imputación no se hace al empresario que tiene el poder de decisión sobre las condiciones de tales elementos sino a la empresa o empresas de los trabajadores que transitan o prestan servicios en ellas. Se debería, por tanto, siguiendo en su literalidad el precepto legal imputar la responsabilidad por separado a cada una de las empresas subcontratistas que tengan mano de obra expuesta a esos riesgos laborales con la responsabilidad solidaria, en todos y cada uno de los casos, de la contratista o principal.

Todo esto ha tenido el efecto perverso de invertir el orden de la responsabilidad jurídica respecto al orden real de dirección y ordenación en la obra, ya que quien tiene la potestad de decisión

y dominio sobre esos elementos comunes es la empresa principal mientras que las subcontratistas, que no tienen tal potestad y cuyo poder de decisión es en la práctica inexistente por las consideraciones que antes hemos hecho sobre la vertebración de muchas de estas empresas, van a verse imputadas en las infracciones y sanciones en el orden social por la circunstancia de tener a sus propios trabajadores expuestos a condiciones de trabajo inseguras.

La aplicación de estos criterios de traslación de la responsabilidad directa hacia las empresas subcontratistas, que tienen menor poder de dirección y mayor aportación de mano de obra, es el principal incentivo para la formación de cadenas de subcontratación o incluso para la aparición de empresas intermedias en la cadena que ni tan siquiera cuentan con mano de obra presente en el centro de trabajo. Esta traslación vendría, por tanto, a tener un significado equivalente a la imputación de los incumplimientos legales en materia de prevención de riesgos laborales directamente a los trabajadores y no al empresario que detenta el poder de dirección.

Hay que matizar que la aplicación de este principio se ve suavizado con el control de las obligaciones de información que corresponden a los promotores (Art. 24.2 LPRL y Art. 12.14 LISOS) y que con la última reforma de la LPRL en la Ley 54/2003 se han reestablecido algunas responsabilidades directas de los promotores (respecto al estudio de seguridad y las acciones del coordinador) y de los contratistas (sobre la presencia de recursos preventivos y la vigilancia de la ejecución del plan de seguridad y salud).

Sin embargo, estas nuevas infracciones tienen más fácil aplicación en las inspecciones preventivas que en las inspecciones reactivas, por investigación de accidente de trabajo, ya que en estas últimas se ha de realizar un juicio sobre la relación de causalidad entre la infracción comprobada y la lesión sufrida por el accidentado. Dicho nexo causal siempre será más claro y evidente en las causas directas o inmediatas del accidente (la falta de cinturón, de barandilla protectora, de red de seguridad, etc.), que conforme a la LPRL solo son imputables al empresario del trabajador con responsabilidad solidaria del principal, que en las causas indirectas o mediatas (insuficiencia de coordinación o del estudio y del plan de seguridad, etc.) que son imputables a la empresa promotora o contratista.

Se da la circunstancia de que las inspecciones reactivas siguen siendo las más gravosas para las empresas puesto que las mismas pueden dar lugar a la imposición del recargo de prestaciones (cuya responsabilidad es también solidaria, aunque en este caso no suponga, a mi juicio, un elemento disfuncional

sino una garantía para el trabajador) y sobre todo porque la inmensa mayoría de los procesos penales por delitos relacionados con la seguridad y salud en el trabajo solo versan sobre accidentes de trabajo mortales o muy graves.

En consecuencia, el actual reparto de responsabilidades de la LPRL favorece de modo objetivo la existencia de empresas contratistas sin apenas mano de obra en el centro de trabajo y la subcontratación masiva de empresas que sí aportan dicha mano de obra y que van a ser las que respondan de forma mayoritaria por los incumplimientos de la LPRL. De este modo, la responsabilidad directa por las sanciones las tienen las empresas con menor poder de dirección mientras que las empresas que sí tienen tal potestad solamente son meras responsables solidarias de las sanciones que se impongan a las subcontratas que ellas elijan, lo que de facto va a ocasionar que se vean libres de la misma, puesto que la cuantía de esas sanciones va a ser en la mayoría de los casos previamente retenida o descontada de la facturación que se entrega a las subcontratas al finalizar la obra.

2.2. EL RECORTE EN LA CADENA DE SUBCONTRATAS

El remedio que presenta la Ley es el recorte de la cadena de subcontratación hasta llegar a un tercer nivel (Art. 5). Es decir, por cada empresa contratista solo podrá haber tres empresas subcontratadas en cadena, y en el caso de que la empresa subcontratada fuera un trabajador autónomo o una empresa que solo aporta mano de obra tampoco podrá descenderse a un nivel adicional de subcontratación.

Como ya hemos indicado el promotor puede contratar sin límite (Art. 5.2.a) y el contratista también (Art. 5.2.b). Los únicos que tienen limitaciones son los subcontratistas de primero, segundo o tercer nivel. La cadena de subcontratación se acorta hasta el tercer nivel y solo muy excepcionalmente se puede llegar a un cuarto nivel (Art. 5.3) pero nada impide que el número de contratas y subcontratas crezca en horizontal porque el promotor y los contratistas no tienen ninguna limitación a este respecto.

El incumplimiento de estas normas puede traer consigo la comisión de una infracción grave para el contratista y subcontratista (nuevos Art. 12.27.c) y 12.28.c) de la LISOS) o incluso muy grave cuando se trate de trabajos con riesgos especiales conforme al RD 1627/1997 sobre condiciones seguridad y salud en las obras de construcción (nuevos Art. 13.15.b) y 13.16.a) de la LISOS) o cuando se hayan falseado datos para eludir esta restricción (nuevo Art. 13.15.c) de la LISOS). E incluso también para el promotor, en el caso de que la

dirección facultativa de la obra permitiera la ampliación excepcional de la cadena de subcontratación “cuando manifiestamente no concurren las causas motivadoras de la misma” previstas en la Ley 32/2006 (nuevos Art. 12.29 y 13.17 de la LISOS), siendo ésta además la única nueva carga legal que tiene que asumir el Promotor en la nueva Ley.

De todos modos, podemos afirmar que el impacto real de esta nueva restricción legal va a ser en la práctica muy limitado. Salvo en las obras de gran envergadura resulta muy excepcional la existencia de más de dos niveles de subcontratación, y así lo avala el examen efectuado sobre las obras de construcción inspeccionadas en Vizcaya a lo largo del año 2006. En ninguna de ellas la cadena de subcontrataciones superaba los límites de la nueva Ley.

Pero además de la falta de impacto de esta nueva medida legal, lo que resulta más discutible es que la misma no aborda la raíz del problema sino solo uno de sus síntomas. Si el fundamento del problema de la subcontratación estriba, tal y como hemos razonado anteriormente, en la imputación de responsabilidades a las empresas que aportan la mano de obra pero que no tienen poderes reales de dirección y organización, nada va a cambiar sustancialmente con la nueva normativa legal. En cambio, la modificación legal del régimen de responsabilidades sí podría traer consigo, de forma natural, que el contratista o principal, al asumir él mismo la responsabilidad, procurara que las empresas que subcontrata fueran las menos posibles o que estas fueran las que tienen mayor grado de fiabilidad en el estricto cumplimiento de las obligaciones legales en materia de prevención.

3. LAS NUEVAS CONDICIONES EN LAS RELACIONES LABORALES DE LOS TRABAJADORES DEL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

3.1. LAS FORMAS DE CONTRATACIÓN LABORAL

Otro de los problemas crónicos del sector de la construcción es el de la precariedad en la contratación laboral. La estructura de las empresas de construcción es en muchas ocasiones similar al de una ETT, que dispone de una estructura administrativa mínima y de una mano de obra flotante y temporal en función de las obras que se contrata. El índice de temporalidad del sector se encuentra entre el 60 y 70 por 100 duplicando la media del mercado laboral

La viabilidad de los contratos encadenados por obra o servicio determinado es una realidad ampliamente reconocida en el sector

y la existencia de una jurisprudencia que permite ligar la realización de contratos por obra a la duración de una contrata ha dado plena legitimidad a esta práctica.

Señala a este respecto la Ley que “las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción, deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados con carácter indefinido que no será inferior al 10 por ciento durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20 por ciento durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30 por ciento a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive” (Art. 4.4.). El incumplimiento de este precepto puede dar lugar a una infracción laboral muy grave (futuro Art. 8.16 LISOS)

No dice la Ley cómo se van a calcular esos porcentajes dado el alto índice de variación de la plantilla de estas empresas pero por analogía con otras disposiciones cabría entender que se trata de la media en un período anual.

Lo importante es que con ello se pueden crear empresas del sector dotadas de una mínima estructura de trabajadores fijos que deberán ser al menos el 30 por 100 de su plantilla media.

En la actualidad el Convenio Colectivo sectorial de ámbito estatal vigente señala en su Art. 27 que el contrato fijo de plantilla, que “es el que conciertan empresario y trabajador para la prestación laboral de éste en la empresa por tiempo indefinido” (..) “será la modalidad normal de contratación a realizar por empresarios y trabajadores en todos los centros de trabajo de carácter permanente. Dado que la inmensa mayoría no tienen este carácter apenas puede tener aplicación este precepto.

Y respecto a la utilización del denominado “contrato fijo de obra” la DA 3ª de la Proposición de Ley establece que “con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio 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”.

El “contrato fijo de obra” actualmente se regula en el Art. 28 del Convenio Colectivo General que lo define como un contrato de obra “sui generis” que puede abarcar diversas obras siempre que sean en la misma provincia y por un período máximo de tres años,

si bien la duración puede ser inferior o incluso un poco superior y con la posibilidad de suspensión si concurrieran causas imprevisibles ajenas a la voluntad del empresario (Art. 28.5). Se trata, por tanto, de un contrato temporal y no cabría incluirlo dentro de las previsiones legales sobre la cuota de mínima contratación laboral indefinida de cada empresa.

Pero también se debe tener muy en cuenta que el Art. 12 del RDL 5/2006 ha modificado el Art. 15.5. ET para señalar que “los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos”.

Esta es una norma que sin duda va a tener especial relevancia en el sector de la construcción. Los trabajadores que encadenen dos o más contratos para la misma empresa y puesto de trabajo durante más de 24 meses en un período de 30 adquieren de forma legal y automática, sin necesidad de una declaración o acuerdo expreso de las partes contratantes, la condición de fijos o indefinidos.

La DT 2ª del RDL 5/2006 señala que será de aplicación este criterio a los trabajadores que suscriban tales contratos “a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley”, es decir, a partir del 15 de junio de 2006.

Y añada que “respecto de los contratos suscritos por el trabajador con anterioridad, a los efectos del cómputo del número de contratos, del periodo y del plazo previsto en el citado artículo 15.5, se tomará en consideración el vigente a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley”.

En cualquier caso, el problema que no se aborda en la Ley 32/2006 ni en el RDL 5/2006 para los contratos que se deban transformar en indefinidos, y que admito que sería de difícil puesta en práctica sin el concurso de la negociación colectiva, es el posible tratamiento de los contratos laborales en este sector dentro del régimen legal previsto para los trabajadores fijos-discontinuos por el Art. 15.8 ET, “que se conciertan para realizar trabajos que no se repiten en fechas ciertas dentro del volumen normal de actividad de la empresa”.

La determinación de cuál es “el volumen normal de actividad de la empresa” sería en cada caso lo que delimitaría la frontera entre la cuota de trabajo fijo y la cuota de trabajo temporal.

3.2. LA FORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES DEL SECTOR

Por último, el Art. 10 de la Ley 32/2006 establece por primera vez una mínima regulación sobre la formación preventiva de los trabajadores del sector de la construcción.

Según este artículo “las empresas velarán por que todos los trabajadores que presten servicios en las obras tengan la formación necesaria y adecuada a su puesto de trabajo o función en materia de prevención de riesgos laborales, de forma que conozcan los riesgos y las medidas para prevenirlos”.

Y sin perjuicio de la obligación legal del empresario de garantizar esa formación, “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”. Vuelve, por tanto, a establecerse una reserva a favor del negociador estatal, esta vez, a mi juicio, con mejor criterio, dado el elevado índice de movilidad geográfica de la mano de obra de este sector.

También señala la Ley, por último, que “reglamentariamente o a través de la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal, se regulará la forma de acreditar la formación específica recibida por el trabajador referida a la prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción”. “El sistema de acreditación que se establezca, que podrá consistir en la expedición de una cartilla o carné profesional para cada trabajador, será único y tendrá validez en el conjunto del sector, 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”.