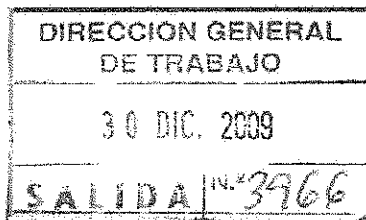




MINISTERIO
DE TRABAJO
E INMIGRACIÓN



SECRETARÍA GENERAL DE
EMPLEO

DIRECCIÓN GENERAL DE
TRABAJO

SUBDIRECCIÓN GENERAL
DE ORDENACIÓN
NORMATIVA

O F I C I O

S/REF:

N/REF: DGT-SGON-048AV

FECHA: 23 de diciembre de 2009.

ASUNTO: Consulta sobre el artículo 5.2f) de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción.

DESTINATARIO: **Fernando Meana Barahona**
C/ Velázquez, 92 ,3º
28006 Madrid.

1. Tras la reunión celebrada el 22 de diciembre de 2009 entre el Subdirector General de Ordenación Normativa de la Dirección General de Trabajo y D. **Fernando Meana e Isidro Sans**, en calidad de Presidente y Gerente, respectivamente, de ANI (Asociación Española de la Impermeabilización), y en la que solicitaban la posibilidad de exponer la situación de su sector y los problemas existentes en la actualidad en relación con la aplicación del artículo 5.2f) de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, desde este Centro Directivo, se puede informar cuanto sigue:

2. Antes de comenzar, debe advertirse si bien corresponde a la Dirección General de Trabajo la elaboración de informes y consultas no vinculantes en relación a la interpretación y aplicación de la normativa laboral, conforme a lo previsto en el artículo 14.1.n) del Real Decreto 1129/2008, de 4 de julio, no compete a este Centro Directivo la resolución sobre situaciones particulares, correspondiendo a la Autoridad Laboral, quien velará por el efectivo cumplimiento de la normativa en su territorio y sin perjuicio de la interpretación final y vinculante que pudiera ofrecer la Jurisdicción Social al respecto.

Así pues, el presente informe únicamente podrá descender a la descripción de situaciones con carácter general sin entrar a valorar las circunstancias particulares.

3. A modo de introducción, debe señalarse que el objeto final de la ley (artículo 1.1) es la mejora de las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores, considerándose que la reducción del exceso de subcontratación es una pieza clave en la consecución de tal objetivo. Por ello, al regular la subcontratación, la ley pretende poner orden y ciertas limitaciones a esa práctica que, aunque basada en el principio de libertad de empresa, ha podido dar lugar, en determinados casos, a la pérdida de las ventajas económicas de este tipo de organización, al tiempo que al deterioro de las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados por el exceso de eslabones en la cadena de la subcontratación.



Así, la regulación establecida por la ley, además de perseguir una mayor transparencia en todo el proceso, supondrá también cambios en la manera en que se venía desarrollando u organizando –sin sujeción a norma alguna- la actividad en las obras, de manera que trabajos que hasta ahora se venían realizando de una cierta forma –en el aspecto organizativo-, ahora tendrán que realizarse de otra, ajustada a la ley.

Si tras la entrada en vigor de la ley, las cosas fueran a ser iguales que antes de ese momento, de poco habría servido el esfuerzo que los agentes sociales y el legislador invirtieron en ese texto, altamente consensuado, y, desde luego, el propósito tan esforzadamente perseguido, se vería seriamente menoscabado, cuando no burlado.

4. Dicho lo cual, hay que aclarar que algunas de las dudas planteadas en torno a las posibilidades y los límites de la subcontratación tienen su origen, no en el artículo 5 de la Ley, sino en la interpretación que se debe realizar de otros preceptos legales. En tal sentido, para delimitar correctamente el ámbito en el que procede aplicar el artículo 5.2 f) conviene tener presentes las siguientes cuestiones:

- a. La subcontratación se define en el artículo 3 h) de la LSC como la “práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se le ha encomendado”.
- b. El contratista se define como aquel que asume ante el promotor el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras (artículo 3 e) LSC), mientras que subcontratistas (de cualquier nivel) son quienes asumen contractualmente el compromiso de realizar determinadas partes de la obra (apartado f) del artículo 3).
- c. Finalmente, el artículo 4.1 a) de la LSC exige para intervenir en el proceso de subcontratación, en calidad de contratista o subcontratista, “poseer una organización productiva propia, contar con los medios materiales y personales necesarios, y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada”.

De lo que, necesariamente, se deriva:

- Quien asume el encargo de ejecutar una obra (toda o parte de la misma), debe realizar por sí mismo todo o parte del encargo recibido. En consecuencia, no es posible la subcontratación de todo el encargo recibido, ya que se convertiría en un mero intermediario. Esta exigencia implica que, aquella intervención que se limita **al mero suministro de materiales o a la aportación de equipos de trabajo no resulta trascendente a los efectos de la Ley.**
- **La imposibilidad de comprometerse con el contratista al alquiler de maquinaria, portes y servicio de instalación, limitándose al suministro**



del material y subcontratando con otra o con trabajadores autónomos la total instalación del mismo, por cuanto, como se ha señalado, en este supuesto la empresa no cumpliría con los requisitos del artículo 4. Quién así actúa no dispone de la organización productiva necesaria para ejecutar la obra contratada o, al menos, no la pone en uso en la obra, por lo que no cumple el requisito exigido en el artículo 4.1a), indispensable para intervenir en el proceso de subcontratación.

- **Conviene recordar, a estos efectos, que la subcontratación no puede referirse en ningún caso a la mera contratación de trabajos de mano de obra, sino que será siempre de parte del encargo recibido, tanto por que así lo establece el artículo 3 de la Ley 32/2006, como porque la cesión de trabajadores sólo está permitida en nuestro ordenamiento a través de empresas de trabajo temporal, y se incurrirá en cesión ilegal cuando el objeto del contrato se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de una empresa a otra (artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, tipificado como infracción muy grave, de acuerdo con lo previsto en el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social).**

5. A partir de aquí, y comprobado previamente el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 4 –de otra forma se impediría a la empresa intervenir en el proceso de subcontratación-, la posibilidad de subcontratar quedará limitada al régimen que establece el artículo 5, que exige el cumplimiento de determinadas condiciones para que las subcontrataciones que se efectúen a partir del tercer nivel de subcontratación respondan a causas objetivas y establece límites adicionales en los supuestos de trabajadores autónomos (artículo 5.2e) y en el caso de subcontratistas cuya organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra –comúnmente denominados “subcontratistas intensivos”- (artículo 5.2f).

De esta forma, si se concluye que una empresa se encuentra en el supuesto contemplado en el artículo 5.2f), podrá participar en la obra cuando acrediten el cumplimiento de los requisitos del artículo 4, pero no podrá subcontratar los trabajos a ella encomendados -salvo en casos de fuerza mayor y en la forma señalada en el propio artículo 5-.

Ahora bien, la circunstancia de ser una empresa intensiva en mano de obra o no, ha de examinarse en cada ocasión y en relación con cada obra, en función de la entidad y organización de la obra, y atendiendo tanto a la actividad comprometida, como a los medios, personales y materiales, puestos en juego en cada obra.



6. En cualquier caso, a continuación se remite el desglose de dicho artículo 5.2f) que ha realizado este Centro Directivo a los efectos de tratar de su clarificación:

- a) La primera frase a analizar es: *“cuya organización productiva puesta en uso en la obra”*.

Al ser **organización productiva puesta en uso en la obra**, las condiciones o limitaciones establecidas en el régimen legal de subcontratación en la construcción se refieren a las **circunstancias en que se desarrolle la actividad en cada obra**. Esto quiere decir que habrá que considerar en cada caso, por tanto en cada obra, si concurren o no las circunstancias que determinan la imposibilidad de subcontratar parte del encargo recibido y no se trata de una limitación que se imponga a determinadas empresas de manera definitiva; aunque hay que admitir que, en función de su actividad o del modo de organizarse, quizá en algunas empresas se den en todas las obras en las que desarrollen su actividad las circunstancias previstas en el artículo 5.2.f) LSC y, en consecuencia, nunca puedan subcontratar.

En este sentido, **la fabricación previa de los elementos que se suministran a la obra no puede considerarse como organización puesta en uso de la obra, ya que prácticamente todos los elementos o materiales aportados a la obra exigen fabricación previa (p.e: ladrillos), y por tanto siguiendo con este ejemplo, ello significaría que todo aquel que suministra ladrillos estaría poniendo su organización productiva en uso en la obra, circunstancia no permitida en la actual redacción de la ley.**

Por otra parte, **la organización productiva no puede confundirse con los medios materiales ni con los medios personales, medios, unos y otros, exigidos por la ley –artículo 4.1.a) LSC- para que una empresa pueda intervenir en el proceso de subcontratación en el sector de la construcción, como contratista o subcontratista, junto a la organización productiva.**

- b) Lo segundo es que *“consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra”*

“Fundamentalmente”, en coherencia con los requisitos del artículo 4 LSC, matiza adecuadamente la expresión *“aportación de mano de obra”*, porque la **empresa para poder actuar o intervenir en el proceso de subcontratación en el sector de la construcción, deberá contar no sólo con la mano de obra, sino también con los medios materiales necesarios y utilizarlos en el desarrollo de la obra (art. 4.1.a) LSC) y aportar también la dirección efectiva de los trabajos (art. 4.1.c) LSC)**. Por tanto a la aportación de mano de obra deben acompañar esos otros requisitos, **aunque tal aportación resulte fundamental, por la propia naturaleza de los trabajos desarrollados.**



Para mayor claridad el artículo incluye una definición que, dando por sentada la aportación fundamental de mano de obra, y el cumplimiento de los demás requisitos del artículo 4 LSC, se apoya en dos elementos materiales: las herramientas manuales, de una parte, y otros equipos de trabajo, de otra, atendiendo tanto a su uso, o no, en la obra como a quien pertenecen.

En este sentido es importante subrayar que en **ningún caso sería admisible** la presencia de una subcontratista que se **limitara exclusivamente a aportar mano de obra**, ya que ello constituiría una cesión temporal de mano de obra, sólo permitida a las empresas de trabajo temporal, que, por su propio objeto, no pueden ser las subcontratistas a las que se refiere la Ley 32/2006. Además toda subcontratista ha de cumplir el requisito de poseer una organización productiva propia, contar con los medios materiales y personales necesarios (por escasos que sean los medios necesarios), y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada (artículo 4.1.a) de la Ley) aun dentro de ciertos márgenes.

- c) *"la que para la realización de la actividad contratada **no utiliza más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles,**"*

La actividad contratada es la que una empresa desarrolla en una determinada obra.

Un **equipo de trabajo**, según el Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo, es **"cualquier máquina, aparato, instrumento o instalación utilizado en el trabajo"**.

Una empresa estará incluida en el supuesto del 5.2.f), cuando en la obra de que se trate, de sus **propios equipos** (propiedad o disposición por otro título) sólo utilice **herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles**. Esto quiere decir que puede tener otros equipos, que no sean herramientas manuales (incluidas las motorizadas portátiles) y que podría estar utilizándolos en otra obra, pero si no los utiliza en la obra que se está considerando, en esa obra no podrá subcontratar.

- d) *"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**"*

Si cuenta con el **apoyo de cualquier equipo de trabajo distinto** a las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, y estos equipos **pertenecen a otras empresas** contratistas o subcontratistas de la obra y se dan también los elementos anteriores, **seguiremos estando en el supuesto del 5.2f).**



Ha de entenderse, pues la ley no lo aclara, que esos otros equipos que pertenecen a otras empresas contratistas o subcontratistas de la obra, estarán en la obra y serán de uso por cualquiera de las empresas que en ella desarrollen su actividad, sin contraprestación de éstas, pues, en otro caso, estaríamos ante un alquiler o similar, y, por tanto, la empresa en cuestión dispondría de **sus** propios equipos, aunque fueran alquilados.

Y si esos otros equipos son –propiedad o posesión- de la empresa cuya condición (naturaleza) se está considerando, ya no estaremos ante una aportación fundamental de mano de obra y, en consecuencia, siempre dentro del los límites generales del artículo 5 LSC, podrá subcontratar parte de lo que a ella ha sido encomendado.

- e) Finalmente, en la definición contenida en el artículo 5.2.f) LSC, para determinar la naturaleza de la actividad, **no debe entrar en consideración el suministro o no de materiales.**

El texto del **artículo 5.2.f) LSC** no hace alusión alguna a los **materiales**, que ni son **equipos de trabajo**, ni puede considerarse que queden incluidos en la expresión equipos de trabajo, pues los materiales no son ni máquinas, ni aparatos, ni instrumentos o instalaciones utilizadas en el trabajo.

En definitiva, si la Ley no valora tal aportación es porque las materias primas no forman parte del inmovilizado de la empresa, que es la magnitud que puede dar indicios sobre la verdadera dimensión de la misma y de la puesta en juego del patrimonio empresarial en cada contrata o subcontrata que realiza. **Partiendo de la ausencia de cualquier referencia en el artículo 5.2.f) de la Ley**, debe considerarse que la **aportación de materiales de construcción no es un elemento**, en términos generales, **relevante a los efectos de aplicación del régimen de subcontratación.**

7. Tal y como se indicó al comienzo de este escrito, se recuerda que **el criterio expuesto se emite a título meramente informativo y, en ningún caso, con carácter vinculante** al carecer la Administración de competencia para efectuar interpretaciones legales con este alcance, competencia que atribuye en exclusiva nuestro Derecho a los órganos jurisdiccionales.

EL DIRECTOR GENERAL
P.D. EL SUBDIRECTOR GENERAL



Rafael García Matos

