

**Desde la Dirección:  
Reflexiones iniciales sobre la nueva Ley de la subcontratación en la  
construcción**

**Dr. Salvador del Rey Guanter**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Pompeu Fabra

El BOE del pasado 19 de octubre publicaba la Ley 32/2006 , de 18 de octubre “Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción” , con una vacatio legis de seis meses . Se trata de una ley a la que sin duda nos atreveríamos calificar de “histórica”, tanto por su significado como por su contenido , teniendo en cuenta además, que ha contado con un importante respaldo tanto de las fuerzas políticas como sociales. .

Desde el punto de vista de su significado, se trata de la primera ley que regula de forma específica algunas de las consecuencias esenciales para las relaciones laborales de lo que la propia exposición de motivos denomina como “externalización productiva” , esto es, la práctica mercantil de contratar con otro sujeto parte del proceso productivo de la propia empresa. Es esta una práctica que la propia ley se encarga de subrayar que es enormemente positiva desde el punto de vista económico y productivo . Así, tras recordarnos su legalidad en base a la libertad de empresa reconocida en el art. 38 de la Constitución Española, nos va a indicar que, entre otras ventajas, la subcontratación permite en muchos casos un mayor grado de especialización , de cualificación de los trabajadores y una más frecuente utilización de los medios técnicos que se emplean , lo que influye positivamente en la inversión en nueva tecnología y, en general, en lo que el legislador denomina como una “mayor eficiencia empresarial” .

Esta declaración no es inocua desde el punto de vista jurídico. Es la primera vez que una ley hace una declaración tan explícita y laudatoria del denominado “outsourcing” y de ahí la enorme trascendencia simbólica y jurídica de esta ley al respecto . Este posicionamiento del legislador a favor de la externalización puede explicar la inclusión de un precepto tan crucial como el artículo 5.1 en el que se afirma que “la subcontratación, como forma de organización productiva, no podrá ser limitada, salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta Ley”. Dejando a un lado la cuestión no baladí de si esta rotunda regulación significa que se le está sustrayendo a la negociación colectiva el establecimiento de posibles límites adicionales a la subcontratación , lo cierto es que esta última alcanza en esta ley un reconocimiento jurídico (como práctica a proteger y promover) como no lo ha tenido con anterioridad en norma mercantil o laboral.

No obstante las primeras propuestas que se manejaron al respecto en los inicios negociales de la última reforma laboral , por su contenido, estamos ante una ley de carácter sectorial

y, al mismo tiempo, parcial. Parcial en tanto que no pretende regular, en principio, la práctica de la subcontratación en general, sino que pretende centrarse fundamentalmente en aquellos aspectos que más pueden repercutir en la mejora de la prevención de riesgos laborales. Sectorial, dado que la ley se aplicará exclusivamente en el sector de la Construcción o, para ser más exactos, en determinadas actividades – no todas, aunque sí las más típicas citadas en su artículo 2 - de dicho sector. Pero este carácter parcial y sectorial no nos debe inducir a error sobre el enorme alcance que tiene esta ley cuando se observa más detenidamente sus preceptos.

En efecto, el que el legislador quiera afrontar aquellos temas que más pueden repercutir en incrementar los riesgos laborales en el sector de la Construcción le hace entrar directamente en la misma limitación de la práctica de la subcontratación en este ámbito económico. Más allá de requisitos formales y de acreditación – tales como la necesaria inscripción referida en el artículo 6 en un importante “Registro de Empresas Acreditadas”, sin la cual no se puede ejercer legalmente la subcontratación -, el condicionamiento más importante que se establece al respecto es el de acotar el número de “niveles” de subcontratación - jurídicamente definidos en el art. 3 i) - que pueden darse, esto es, “cortar la cadena” de subcontratistas que pueden existir – hasta tres -, aunque pueden ser en determinadas condiciones hasta cuatro o sólo uno o dos - contando desde el contratista original – aquél que se relaciona directamente con el promotor – ( art. 5) .

Se trata de una medida ciertamente drástica y que nos hace preguntarnos si , en un tema tan esencial, la negociación colectiva en el sector de la construcción – que posee un Convenio General del sector , además de decenas de convenios provinciales – no ha podido o sabido llegar a acuerdos más matizados según las circunstancias territoriales y empresariales concretas. En ello debemos centrar nuestra crítica, en el sentido de que el legislador haya optado por establecer unas limitaciones a la cadena de subcontratación que sólo actúe en defecto de regulación por convenio colectivo . Es evidente que una limitación hasta el tercer subcontratista puede ser “terapéutica” para la prevención de riesgos laborales en determinadas empresas y territorios y contraproducentes desde la perspectiva de eficiencia empresarial en otras en las que el incremento de riesgos laborales por aumento de niveles no ocurra.

Lo mismo debe decirse de la otra gran medida “terapéutica” de esta ley , contemplada en su artículo 4.4 , respecto al establecimiento de un mínimo porcentaje de contratos indefinidos en toda plantilla de contratistas y subcontratistas : no menos del 10 por ciento durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni del 20 por ciento durante los meses decimonoveno al trigésimo sexto, ni del 30 por ciento a partir del mes trigésimo séptimo , inclusive. . En un sistema de negociación colectiva tan desarrollado como se asume que es el español - que tiene un índice de cobertura de trabajadores de los más altos en el mundo – resulta paradójico que la ley no adopte un papel supletorio y que deje

en principio a los convenios colectivos este tema y que, sólo en ausencia de regulación en los mismos, actúen los mínimos legales.

Por tanto, es claro que la teleología de la ley de limitar los riesgos laborales en el sector de la construcción se realiza mediante unos condicionamientos a la práctica general de la subcontratación en el sector que va a más allá de un incremento – respecto a la normativa general – de las medidas directas de seguridad y salud en el trabajo. En este sentido, no debe cuestionarse la necesidad de rebajar la siniestralidad laboral en el sector ni la consideración de esta ley como vehículo idóneo para establecer determinadas limitaciones en la práctica mercantil de la subcontratación que repercutan directamente en una mejora en la prevención de riesgos laborales. Lo que debemos preguntarnos es si, en una etapa legal en Europa de predominio del denominado “soft law”, en la que el legislador induce más que ordena, potencia más que limita, es realmente necesario y conveniente que la ley adopte un papel limitador tan drástico en claro perjuicio de la ordenación más matizada, adaptada y evolutiva que debería desarrollar la negociación colectiva – como se hace en otros temas tan cruciales como éste -.

Lo anterior es más importante aún si esta ley, en un futuro, pudiera servir de precedente más allá del sector de la construcción, extendiéndose su lógica y metodología a otros sectores económicos. Además de tener que verificarse muy detenidamente la necesidad de esta posible ampliación de restricciones, dado que en esos otros sectores económicos no habría una justificación clara para no hacer frente a la siniestralidad laboral con la aplicación de la normativa general de prevención de riesgos laborales, lo cierto es que la generalización de esta técnica legislativa de directa intervención limitadora en la misma raíz de la práctica mercantil de la subcontratación sería altamente desaconsejable. Y ello precisamente en base a la misma asunción que indica la ley de que esa práctica de la externalización es básica para la eficiencia de nuestro sistema económico y de que han de buscarse todos los mecanismos para potenciarla y no desincentivarla.

Más énfasis debe ponerse al respecto en obligaciones empresariales contempladas en la ley que cuentan ya con algún precedente en la última reforma del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores (Ley 12/2001), y que se refieren a una ordenación adecuada de deberes de documentación – art. 8 – , a un fortalecimiento de los derechos de información de los representantes de los trabajadores – art. 9 – y una mayor atención a la denominada “formación preventiva” de los trabajadores afectados. Se tratan de medidas más indirectas de control y prevención con efectos menos trascendentes en las consecuencias de la subcontratación en la eficiencia empresarial defendida por el legislador.

En cualquier caso, como puede comprobarse, se trata de una ley de un gran impacto laboral y económico y que, desde la perspectiva jurídica, plantea importantes retos definitivos y dogmáticos y de integración jurídica con el mencionado artículo 42 del Estatuto, tales como las consecuencias que puede tener el no respeto de las limitaciones de niveles

de subcontratación respecto al ámbito de aplicación de aquel precepto respecto al art. 43 del Estatuto ¿se convierte una práctica que es claramente de subcontratación en una cesión ilícita a pesar de tener todos los requisitos al respecto señalados en aquel precepto? . Ya podemos apuntar, y nos atrevemos a lanzar una primera opinión para este debate , que nuestra inicial posición es negativa, y que las consecuencias de aquella ilicitud sólo deben reflejarse en el plano de las posibles sanciones administrativas contempladas en la propia ley – art. 11 -.

© Salvador del Rey Guanter

© IUSLabor 4/2006

ISSN: 1699-2938